



UNIVERSIDAD DE CUENCA



**UNIVERSIDAD DE CUENCA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,  
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
CARRERA DE DERECHO**

**“EFICACIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN RELACIÓN  
A LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y  
CONTROL CONSTITUCIONAL”.**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN  
DEL TÍTULO DE ABOGADA DE  
LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA Y LICENCIADA  
EN CIENCIAS POLÍTICAS Y  
SOCIALES.

**AUTORA:**

CLARA DANIELA ROMERO ROMERO

**DIRECTOR:**

DR. FERNANDO TEODORO GONZÁLEZ CALLE

**CUENCA – ECUADOR**

**2014**



## RESUMEN

La Acción de Protección, es una garantía jurisdiccional contemplada como un derecho de acción y derecho en nuestra Constitución, ante la violación a derechos constitucionales, y regulada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Nuestra Constitución manifiesta que tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental, dando le un carácter amplio, directo, universal, inmediato, sumario, oral, entre otras, siendo en primer plano una acción eficaz, para la protección de derechos humanos ante las violaciones surgidas a partir de acciones u omisiones de las autoridades públicas no judiciales o de los particulares cuando exista daño grave y sobre todo cuando se configuran los presupuestos contemplados en el Art 41 de la LOGJYCC. Sin embargo, la ley orgánica encargada de regularla establece una serie de filtros, algunos de ellos ayudan a su mejor aplicabilidad, pero otros la convierten en residual como lo sostiene el derecho comparado. Por tal razón, este trabajo está encaminado a dar alguna respuesta en cuanto a su eficacia jurídica y si cumple o no con los valores, principios y normas constitucionales contemplada en nuestra Norma Normarum, desde el punto de vista legal.

**Palabras Claves:** Acción de Protección, Garantía Jurisdiccional, derechos constitucionales, Estado de Derechos y Justicia Social. Residualidad.



## **ABSTRACT**

Protection Action is a jurisdiction guarantee. It is an action of law and law in our Constitution, faced with violation a constitutionals law and it is regulated by Organic Law of Jurisdictions Guarantee and Constitutional Control. Our Constitution says that its object is direct and effective support of rights recognized in the Fundamental Charter. It gives a character ample, direct, universal, immediate, summary, oral and others. It is a effective action to protect Human Rights from acts or omission by public authorities no judicial or by particulars people when there is seriously damaging with all when there are estimates of 41 Art Organic Law of Jurisdictions Guarantees and Constitutional Control. However, Organic Law has many restrictions, many of them help it for a better applicability, but others change it in residue, it said Comparative Legal. For these reasons, this work looks for to give some responses to if Protection Action is or not effective and if observed the values, principles and constitutionals law that they are in the Constitution, from a legal perspective.

### **Key Words**

Protection Action. Jurisdiction Guarantee. Constitucionals Rights. Rules of Law and Social Justice State. Residue.



## INDICE

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>8</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>9</b>
<b>INDICE .....</b>	<b>4</b>
<b>RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>6</b>
<b>RECONOCIMIENTO.....</b>	<b>7</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>2</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>1. VISIÓN CONSTITUCIONALISTA DEL ESTADO ECUATORIANO ....</b>	<b>12</b>
1.1. Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social .....	12
1.1.1. Visión Neocosntitucionalista.....	17
1.2. Derechos Constitucionales. Origen, vigencia y violación de los derechos Constitucionales. ....	23
1.3. Principios de Interpretación Constitucional .....	28
1.4. Garantías Constitucionales .....	33
1.4.1. Clases de Garantías Constitucionales .....	39
1.5. Justicia Constitucional .....	48
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>2. ACCIÓN DE PROTECCIÓN, UNA GARANTÍA PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>55</b>
2.1. Concepto de Acción de Protección .....	55
2.2. Características de la Acción de Protección.....	59
2.3. Antecedentes históricos.....	65
2.4. Naturaleza jurídica de la acción de protección .....	71
2.5. Derechos para que se aplique la Acción de Protección.....	72
2.6. Finalidad de la Acción de Protección .....	75
2.6.1. Concepto y definición de Daño .....	76
2.6.2. La Reparación.....	80
2.6.3. Formas de Reparación.....	82
2.6.4. Reparación en la Acción de Protección.....	84
2.7. Casos en los que se puede plantear la Acción de Protección .....	88
2.8. Regularización de la Acción de Protección en España, Costa Rica y República Dominicana. ....	92
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>101</b>
3.1. Principios Constitucionales.....	101
3.1.1. Supremacía Constitucional .....	101
3.1.2. Rigidez Constitucional .....	107
3.1.3. Fuerza Normativa de la Constitución .....	109
3.1.4. Jerarquía Normativa .....	111
3.2. Jurisdicción Constitucional.....	112
3.2.1. Jurisdicción Constitucional .....	112
3.2.2. Control Constitucional .....	114
<b>CAPÍTULO IV</b>	



<b>4. DESARROLLO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN POR LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL</b>	<b>117</b>
4.1. Residualidad y Subsidiariedad	117
4.2. Concepción de la Acción de Protección en la Constitución y su desarrollo en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	134
4.2.1. Requisitos para presentar una Acción de Protección	136
4.2.2. Improcedencia de la Acción de Protección	145
4.3. Efectos de la Acción de Protección en virtud de su regularización en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	155
4.4. Análisis Estadístico las Acciones de Protección de los años 2010, 2011, 2012 y 2013 hasta el mes de septiembre del año en curso de los Juzgado Primero Laboral, y Juzgado Segundo Principal de Transito del Azuay y Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca	163
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>186</b>
<b>GLOSARIO</b>	<b>193</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>194</b>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## RESPONSABILIDAD



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Fundada en 1867

Yo, Clara Daniela Romero Romero, autor de la tesis "Eficacia de la Acción de Protección en relación a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 20 de diciembre de 2013

Clara Daniela Romero Romero  
0104827274

---

*Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad. Resolución de la UNESCO del 1 de diciembre de 1999*

Av. 12 de Abril, Ciudadela Universitaria, Teléfono: 405 1000, Ext.: 1311, 1312, 1316

e-mail [cdjbv@ucuenca.edu.ec](mailto:cdjbv@ucuenca.edu.ec) casilla No. 1103

Cuenca - Ecuador



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## RECONOCIMIENTO



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Fundada en 1867

Yo, Clara Daniela Romero Romero, autor de la tesis "Eficacia de la Acción de Protección en relación a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la Republica y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, 20 de diciembre de 2013

Clara Daniela Romero Romero  
0104827274

---

*Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad. Resolución de la UNESCO del 1 de diciembre de 1999*

Av. 12 de Abril, Ciudadela Universitaria, Teléfono: 405 1000, Ext.: 1311, 1312, 1316

e-mail cdjbv@ucuenca.edu.ec casilla No. 1103

Cuenca - Ecuador



## **DEDICATORIA**

El presente trabajo lo dedico a Dios porque Su gracia me ha sostenido y guiado durante estos años.

A mis padres, quienes con su inmenso amor y apoyo me supieron guiar, dar su ejemplo y ser el pilar fundamental en mi vida.





## **AGRADECIMIENTO**

Quiero agradecer a Dios por la sabiduría, la inteligencia concedida, y por jamás abandonarme.

A mi madre, por ser una gran mujer y enseñarme con su ejemplo las palabras responsabilidad, lucha y constancia, por su esfuerzo y sacrificio que hace hoy posible la culminación de esta meta, por su apoyo y amor incondicional.

A mi Director de tesis Dr. Fernando González Calle, por su valiosa colaboración, tiempo y conocimiento en el desarrollo de esta tesis.

A todos mis amigos por su apoyo incondicional, sus palabras de aliento, por formar parte de vida, en especial a: Vanessa Rodríguez, Anita Zaruma, Mirian Calderón, Verónica Mopocita, Zuly León y Christian Quezada.

Clara Daniela Romero



## INTRODUCCIÓN

El Ecuador al tener una Carta Fundamental garantista, y al configurar un Estado de Derechos y Justicia Social, no son simples palabras, pues implica primordialmente que los derechos contemplados en ella son de directa aplicación y de efectiva vigencia.

Un Estado con el más noble deber de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales, para alcanzar el tan anhelado Sumak Kawsay; con una actividad estatal y normativa al servicio de los individuos, con normas claras, vigentes y anticipadas; con un ordenamiento jurídico plural, coherente y completo, pero regido por una sola norma, la Constitución de 2008.

La Constitución es la norma suprema, sus valores, principios y normas son desarrollados por las normas secundarias y por toda regla, para una convivencia armónica, donde reine la Seguridad Jurídica. La Acción de Protección es una garantía jurisdiccional, para la protección y reivindicación de los derechos constitucionales, cuando estos han sido vulnerados, alterados, entre otros. Esta investigación buscará dar a conocer su eficacia como garantía jurisdiccional y sí cumple con aquello que promulga la Constitución.

Para entender mejor el tema es conveniente tener una visión clara del panorama Constitucional vigente en nuestro país, como nació nuestra Carta Magna y a partir de aquello entender mejor las garantías jurisdiccionales, en especial la Acción de Protección, su origen y como está concebida tanto en la Norma Normarum, como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Este trabajo pretende dar un breve recorrido por aquellos conceptos básicos como lo son el Estado de Derechos y Justicia Social, sus fundamentos,



entender con claridad a que podemos llamar derechos constitucionales, cuales son los principios de interpretación constitucional; que entendemos por garantías constituciones y cuáles son las garantías jurisdiccionales, sobre todo que busca la Justicia Constitucional o como está concebida. Al tener claro en el primer capítulo aquello, nos ayudará a entender mejor cual es la misión o rol que juega la Acción de Protección.

El segundo capítulo, trata de la Acción de Protección, en la Constitución, sus características, sus antecedentes históricos, la naturaleza jurídica, su finalidad, pero sobre todo cuales son los presupuestos básicos para interponer una acción de esta naturaleza, si bien es una acción que busca el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, su misión es la reparación integral de los mismos. En tal virtud creo conveniente conocer en qué consiste dicha reparación, pero sobre todo como se configura, para tener pautas claras acerca de cuál es su función.

El capítulo tercero tiene la finalidad de dar a conocer con mayor claridad cuál es el lugar de la Constitución vigente dentro del ordenamiento jurídico y cuál sería el rol de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional frente a la Carta Fundamental. Para aquello es necesario recordar algunos de los principios básicos que hacen de la Constitución la norma de normas. Y el Control Constitucional es necesario recordarlo para tener claro cuál es la misión de la justicia constitucional.

Finalmente, el capítulo cuarto pretende analizar si la Ley Orgánica de Gratinas Jurisdiccionales y Control Constitucional cumple o no con los preceptos contemplados en nuestra Constitución, pero sobre todo si es eficaz jurídicamente. A continuación la presente investigación.



## CAPÍTULO I

### 1. VISIÓN CONSTITUCIONALISTA DEL ESTADO ECUATORIANO

#### 1.1. Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social

*“Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades...”<sup>1</sup> (El subrayado me pertenece)*

Así, es como la Constituyente de Montecristi de 2008 cristalizó a nuestra actual Constitución, privilegiando los derechos humanos, colectivos, y resaltando aquellos de la naturaleza, convirtiéndola en un Catálogo Abierto de Derechos como lo consagra el Art 426 de la Carta Magna, con una visión de orden social, al preocuparse por el desarrollo integral de sus habitantes. Configurándose como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, siendo el más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución como lo promulga el Art 11

---

<sup>1</sup> Asamblea Nacional Constituyente. “Constitución de la República del Ecuador 2008”.



numeral 9 de dicho documento jurídico, para que en última instancia el Buen Vivir sea una realidad.

Sumak Kawsay o Buen Vivir, contemplado en nuestra Constitución, hace relación a una nueva forma de concebir la vida, de emprenderla, dejando a tras los estándares de vida de globalización y el capitalismo. Es un modelo de vida humano, al centrarse en el hombre y su entorno, siendo el segundo, no sólo un recurso, si no parte del mismo, para el desarrollo integral de su vida, busca procesos de acumulación y de re-distribución, dejando de lado los principios y la lógica de mercado, creando una nueva fórmula de desarrollo: estado, mercado, sociedad y naturaleza. El Estado es el encargado de mejorar la vida de las personas, desarrollar sus capacidades y potencialidades.

*“...Se parte de la idea de que las sociedades indígenas en su devenir histórico, establecieron sociedades y pueblos en armonía con la naturaleza bajo reglas de vida y acción comunitaria. Trasladadas a la Constitución corresponden a la expansión de principios de bienestar, solidaridad, libertad y equidad que potencialmente implican el desarrollo y extensión de los derechos económicos y sociales. Según sostiene Alberto Acosta, se trata de una utopía por construir...”<sup>2</sup>.*

Pero sobre todo, como lo menciona el Plan Nacional para el Buen Vivir:

*“[...] es el reconocimiento del Estado como “constitucional de derechos y justicia” (Art1), frente a la noción tradicional de Estado social de derechos. Este cambio implica el establecimiento de garantías constitucionales que permiten aplicar directa e*

---

<sup>2</sup> Ibarra, Hernán. “Visión Histórica Política de la Constitución del 2008”. Pág. 103.



*inmediatamente los derechos, sin necesidad de que exista una legislación secundaria.”<sup>3</sup>.*

Como vemos el Sumak Kawsay es el más alto anhelo del Estado Ecuatoriano, todas sus actividades estarán encaminadas a alcanzar el bienestar integral de sus miembros, una de las formas para lograrlo, es garantizar el ejercicio de los derechos contemplados en nuestra Carta Magna, pues se estructura como un Estado Constitucional de Derechos, siempre y cuando exista la vigencia inmediata de sus derechos constitucionales.

*“[...] implica que el Ecuador se funda en la solidaridad, en la dignidad, en el trabajo, y la prevalencia del interés general que se traduce en la vigencia inmediata de los derechos constitucionales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales”<sup>4</sup>.*

El Estado Constitucional de Derechos es el resultado del Estado Social de Derecho Alemán con la Constitución de Weimar 1919; Constitución de Australia, con la incorporación de los tribunales constitucionales; el Bill of Rights estadounidense 1776 (Virginia) y el Welfare State o Estado de Bienestar (1939).<sup>5</sup> Que dieron elementos esenciales para formar un Estado interventor y garantista de los derechos constitucionales, logrando alcanzar un gobierno y sociedad bajo un orden constitucional, configurándose como un ordenamiento jurídico subordinado a la Constitución, quien determinará el contenido de la ley, al ser material, orgánica y procedimental.

---

<sup>3</sup> SENPLADES. “Plan Nacional para el Buen Vivir”. [plan.senplades.gob.ec/3.3-el-buen-vivir-en-la-constitucion-del-ecuador](http://plan.senplades.gob.ec/3.3-el-buen-vivir-en-la-constitucion-del-ecuador).

<sup>4</sup> García, José. “La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador”. pág. 66

<sup>5</sup> Escudero, Jhoel. “Los Nuevos Saberes en el Constitucionalismo Ecuatoriano”. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH. [www.inredh.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=272%3Alos-nuevos-saeres-en-el-constitucionalismo-ecuadoriano](http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=272%3Alos-nuevos-saeres-en-el-constitucionalismo-ecuadoriano).



El Estado tiene como base y fundamento la protección de los Derechos Humanos asociado con el constitucionalismo, va más allá de la formación de la democracia como lo sostiene Dworkin en su libro *“La Política y el Derecho se opone a la Democracia y el Constitucionalismo?”*. Por tal razón los principios en un modelo constitucional deben ser considerados como guías argumentativas y derechos exigibles directamente por los particulares y las sociedades, como lo sostiene Jhoel Escudero S, en su artículo *“Los Nuevos Saberes en el Constitucionalismo Ecuatoriano”*, publicado por la Pág. Web de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

Al hablar de un Estado de Justicia consagrado en el Art 1 de la Carta Magna, el cual hace referencia a la justicia como una verdadera Función Pública, manifestada así, por José García, en su libro *“La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador”*, para lograr que sea una realidad viviente, se requiere que todos los órganos de la Función Judicial: la Justicia Ordinaria, la Justicia Indígena, el Consejo de la Judicatura, los Jueces de Paz, los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, la Defensoría Pública, la Fiscalía General del Estado, el Sistema de Protección de Víctimas y Testigos, el Servicio Notarial y de Rehabilitación Social. Es decir, la actividad judicial tiene como prioridad administrar justicia adecuadamente, en base a los preceptos de la Norma Normarum.

Al hablar de un Estado de Justicia Social, no sólo implica que sus normas sean justas, o con una administración de justicia proba, ecuánime, sino además, que en cada ámbito de la actividad estatal se alcance plasmar o materializar dicha justicia. Al analizar nuestra Constitución vemos claramente que pertenece a un *“...modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un estado que no puede ser sino fuerte.”*<sup>6</sup>, es así como Ramiro Ávila en su obra *“El Neoconstitucionalismo Transformador, el Estado y el Derecho en la*

---

<sup>6</sup> Ávila, Ramiro. *“El Neoconstitucionalismo Ttransformador, el estado y el derecho en la Constitución de 2008”*. pág. 160



*Constitución de 2008*”, define que las diferentes actividades reguladas por medio de la Constitución busca el igualitarismo, promoviendo la distribución de bienes, e impulsando oportunidades sociales. Por lo cual, según nuestra Carta Fundamental alcanzar justicia, sería en base a un modelo igualitario, teniendo en cuenta las desventajas, desigualdades reales de cada miembro de la sociedad.

Como por ejemplo:

- *“El sector financiero tiene como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito se orientará de manera preferente a los grupos menos favorecidos.”<sup>7</sup>*
- *“El estado garantiza igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad”<sup>8</sup>.*
- *“La política fiscal tiene como objetivos, entre otros, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.”<sup>9</sup>*

Cada actividad estatal, debe garantizar el ejercicio y goce de los derechos constitucionales, el debido proceso, la reparación integral de los mismos, administrar justicia constitucional, repartir adecuadamente los recursos, dar igual oportunidades a todos sus habitantes, evitar el acaparamiento de los recursos, no permitir la discriminación, entre otros, reconociendo que no todos estamos en igualdad de condiciones, se parte de esa realidad, de las desigualdades para alcanzar la igualdad, y así cumplir con la más noble misión del Estado Ecuatoriano dar justicia cumpliendo con lo dicho en tiempos antaños: *“Dar a cada quien lo que le corresponde”*, consagrado en los Principios Universales del Derecho.

---

<sup>7</sup> Art. 310 de la Constitución de 2008.

<sup>8</sup> Art. 324 ibídem.

<sup>9</sup> Art. 285 numeral 2 ibídem.





### 1.1.1. Visión Neocosntitucionalista

Nuestra Constitución, al ser realizada por la Constituyente de Montecristi tuvo como base y fundamento el Neoconstitucionalismo, por tal razón, creo conveniente un ligero análisis para entender mejor la visión y el cambio dado a la administración de justicia.

Luis Prieto Sanchís, expresa que: *“el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica.”*<sup>10</sup>. El Catedrático Juan Morales expresa:

*“Se trata de una teoría jurídica que plantea que las Constituciones normas positivas o leyes de la más alta jerarquía, deben delimitar estrictamente los poderes estatales y proteger con claridad los derechos fundamentales. El neoconstitucionalismo “eleva” a la categoría de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana.”*<sup>11</sup>.

En sí, se trata de una tendencia que cobra vigor en los últimos años, dándole una nueva perspectiva al derecho positivo con lo cual básicamente se busca que la Constitución sea quien determine el contenido de las leyes, pero sobre todo, que los derechos consagrados en las mismas, sean de directa e inmediata ejecución.

Ramiro Ávila expresa: el Neoconstitucionalismo surge en Europa, como respuesta a los sistemas jurídicos fascistas, caracterizados por la violación de los derechos humanos: Alemania, Italia y España. Pero nuestra Constitución tiene como fundamento al Neoconstitucionalismo

---

<sup>10</sup> Prieto, Luis. *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales,”*. pág. 101.

<sup>11</sup> Morales, Juan. *Neoconstitucionalism*. Diario El Tiempo. 2009-04-05. Cuenca; <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-opinion/970-neoconstitucionalismo/>.



Latinoamericano, con el militarismo surgido en los años 60, durando hasta los años 80, caracterizándose por lo sucedido en Europa Occidental en la Segunda Guerra Mundial, predominando la doctrina de la seguridad nacional, de los estados de excepción, siendo común la violación de derechos humanos, persiguiendo y asesinando a las personas con ideología de izquierda, combatiendo a los grupos armados. Si bien tuvo influencias del Neoconstitucionalismo Europeo Occidental, el nuestro tiene sus propias características como lo sostiene Ávila en su obra *“El Neoconstitucionalismo Transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008”*, los cuales los explica de la siguiente manera:

- 1. La Expansión de Derechos:** Se reconoce derechos económicos, sociales, culturales, y los derechos de los pueblos indígenas. Nuestra Norma Normarum, no contempla esta clasificación como lo podemos deducir del Art 11 numeral 6: Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. (la negrita me corresponde), así se evita la discusión sobre la naturaleza de los derechos, dejando atrás la clasificación tradicional occidental y doctrinaria. Por tal razón nuestro Catálogo de Derechos responde a los problemas sociales, a luchas reivindicatorias de organizaciones y movimientos de la sociedad, pues nuestra constitución no fue hecha por juristas, sino más bien, por diversos movimientos sociales.

*“Los derechos son artificios creados por los seres humanos para promover cambios y exigir, con respaldo jurídico y estatal, mejores condiciones de vida.”<sup>12</sup>*. Pues es así, como se plasmó los derechos dentro de nuestra constitución, y con aplicación del principio “pro-derecho”, se aplicará la norma más favorable al reconocimiento y ejercicio de los derechos, consagrado así, en el Art 427 de nuestra Constitución.

---

<sup>12</sup> Ávila, Ramiro. “ El Neoconstitucionalismo Transformador, el estado y el derecho en la Constitución de 2008”. pág. 62



En nuestra Constitución, al hablar de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo expresa el Art 426 inciso 2 de la Carta Magna, tiene relación con *“soft law, resoluciones y sentencias de organismos internacionales y hasta declaraciones de Conferencias internacionales que contengan derechos o desarrollen el contenido de ellos.”*<sup>13</sup> Las cuales son de inmediata aplicación, con esto se confirma que la Carta Fundamental es un Catálogo Abierto de Derechos.

- 2. El Control de Constitucionalidad por parte de todos los jueces:** El modelo asumido por Latinoamérica es un modelo de control mixto de constitucionalidad, pues recoge algo del modelo Norteamericano (difuso) y del continental europeo (concentrado). Asumiendo nuestro país el Control Concentrado, prescrito en el Art 429 de la Carta Fundamental, manifestando que existe un máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia constitucional, llamado Corte Constitucional. El Art 428 de la Norma Normarum, manifiesta: un juez o jueza podrá suspender la tramitación de una causa cuando una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos y remitirá en consulta a la Corte Constitucional. Aparentemente existe una antinomia, pero en realidad, sólo se dejará de administrar justicia, si es una duda razonable en cuanto a la constitucionalidad de una norma, o evidentemente inconstitucional, para lo cual lo resolvió la Asamblea Nacional con el Art 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Al respecto la Corte Constitucional señala:

Competencia Constitucional 2009

Objeto Procesal. Control Abstracto

---

<sup>13</sup> Ávila, Ramiro. Ibídem. pág. 63



*Si del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional evidenciare que la norma consultada es compatible con la Constitución, declarará su constitucionalidad y vigencia en el sistema jurídico.*

*“La Corte Constitucional, para el periodo de transición, luego de un amplio de la Constitución de la República del Ecuador, tratados internacionales de los que Ecuador es suscriptor, doctrina y dogmática constitucional y penal determina que no existe razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes que posibiliten la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas consultadas en la acción (supra), señalando que el dictamen de inconstitucionalidad exige una carga de argumentación mayor y más rigurosa que la que expone en la petición”<sup>14</sup>*

Los jueces de primera instancia podrán realizar consulta sobre la inconstitucionalidad de una norma, suspender el trámite siempre y cuando esté bien fundamentado su consulta, caso contrario, no procede.

- 3. El Rendimiento del Estado:** En estos casos se habla de un estado comprometido y garantista, es decir, el ejercicio de los derechos está a cargo del Estado, no son más unas mercancías o privilegios de pocos. Un ejemplo dado por el Dr. Ávila, es el derecho a la salud, en Ecuador es un derecho universal, todas las personas pueden acceder a él, creando el Estado todos los medios, programas, campañas, hospitales, entre otros. En cambio, en Estados Unidos es diferente, la salud no es un derecho, es un bien o mercancía disponible en manos de las personas con posibilidades económicas, pues responde a un modelo de estado liberal mínimo, con una lógica de acumulación y

---

<sup>14</sup> Ávila, Luis. “*Repertorio Constitucional*”. Quito: Corte Constitucional, 2008-2011. Corte Constitucional, elevada en consulta a la Corte Constitucional, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, st. 0001-09-SCN-CC, cs. 0002-08-CN, 14-mayo-2009. Juez constitucional sustanciador: Roberto Bhruins Lemarie. pág. 131



libertad exagerada de los propietarios o poseedores de dichos bienes. Por esta razón, manifiesta el Dr. Ramiro Ávila se requiere un estado: grande, complejo y especializado, por lo cual, es necesario nuevos ministerios, mejor planificación, correcta administración de los fondos públicos, correcta administración pública, entre otras, logrando la satisfacción de los derechos.

**4. El Constitucionalismo Económico:** *“El desarrollo de la Constitución se manifiesta en los fallos de las Cortes, en las leyes y en las decisiones administrativas de los órganos de poder.”<sup>15</sup>*. Es decir, la Constitución es el reflejo de nuestra realidad, necesidades, prioridades, historia, o debería ser así, por lo cual cada ley, norma, y sobre todo políticas pública deben responder a esa realidad, para alcanzar la igualdad, la equidad y una adecuada distribución de recursos. Sin olvidar, que no estamos solos en el mundo, pues al vivir en una comunidad internacional, también deberá considerar que su legislación no puede estar alejada de ella y respetar aquellos acuerdos para vivir también en paz con ella.

**5. El Hiper- Presidencialismo:** En América Latina siempre se fomentó el caudillismo y el personalismo desde la época de Simón Bolívar.<sup>16</sup> .

*“El presidencialismo se manifiesta en la elaboración y ejecución del presupuesto del estado, en la planificación, en la iniciativa legislativa, en el veto, en las atribuciones constitucionales, en la representación internacional, en el manejo de la fuerza pública (policía y fuerzas armadas), entre otras.”<sup>17</sup>*.

Como hemos visto a lo largo de nuestra historia Republicana, dependiendo de quién esté en el poder será el rumbo que se tome, la ideología que se

---

<sup>15</sup> Ávila Ramiro. *Ibídem*, pág. 69

<sup>16</sup> Gargarella, Roberto. *“Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica”*, pág. 39.

<sup>17</sup> Ávila Ramiro. *Ibídem*, pag.72



siga, los objetivos plasmados, dejando de lado la democracia participativa, donde verdaderamente el pueblo sea quien decida su destino, tome en sus manos la responsabilidad de ser el poder constituyente, dando lugar a ese pacto social del cual habló Rousseau y trace su destino.

Las Constituciones actuales de Latinoamérica o “el nuevo constitucionalismo latinoamericano” expresado por Carlo Villabella, se caracterizan por:

*“[...] presencias de preámbulos que dotan de espiritualidad a la Constituciones, existencia de capítulos pósticos que establecen conceptos y principios, alta carga de preceptos teleológicos y axiológicos, reconocimiento explícito de la supremacía constitucional, configuración de nuevos modelos de estado, proyección social del estado, Constituciones garantistas, amplio y novedoso refrendo de derechos, novedosa presentación de deberes constitucionales, amplia protección de derechos, legitimación a procesos de integración regional, reconocimiento del protagonismo del estado, configuración de procedimientos de reforma constitucional con participación de constituyente.”<sup>18</sup>*

El Neoconstitucionalismo Latinoamericano fue una gran influencia para nuestra Constitución actual, pues sentó las pautas para estructurar un estado, que toma en cuenta sus raíces, costumbres, tradiciones o tratando de acercarse a ellas, dejando de lado el derecho tradicional, y empezar a tener un estado, con derecho propio respondiendo a nuestras realidades, al promulgar una Constitución Garantista, viva, donde el anhelo primordial es alcanzar el Sumak Kawsay de sus miembros, pero fundamentalmente garantizar los derechos constitucionales, de forma directa e inmediata aplicación.

---

<sup>18</sup> Ávila Ramiro. Ibídem págs. 72-73



## 1.2. Derechos Constitucionales. Origen, vigencia y violación de los derechos Constitucionales.

Antes de centrarme en los derechos constitucionales, materia importante dentro de esta investigación, creo conveniente diferenciarlos con los derechos fundamentales, o humanos si bien unos y otros son casi lo mismo, es necesario tener claro cada uno de ellos. Derechos humanos se habla en el ámbito internacional, y derechos fundamentales en el ámbito interno.<sup>19</sup> Pero ¿Qué son los derechos humanos, fundamentales o constitucionales?

Como sabemos, toda persona por el hecho de ser humano tiene derechos intrínsecos. “[...] desde una perspectiva jurídica, la persona humana, es depositaria de una dignidad, significa sus derechos fundamentales (o derechos humanos).”<sup>20</sup>.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos en su Art 3 reza:

1. *Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.*<sup>21</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art 1 promulga:

**Art. 1.-** *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*<sup>22</sup>

Así, en base a la dignidad humana intrínsecamente concedida a cada miembro de la comunidad humana, posee derechos connaturales, inherentes, por el simple hecho de serlo, en virtud que cada persona es

<sup>19</sup> Castillo, Luis. “Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales”. pág. 4-5

<sup>20</sup> Castillo, Luis. “Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales”. pág. 5

<sup>21</sup> Conferencia General de la UNESCO; “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”. 2005.

<sup>22</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Paris. 1948.



individual, único e irrepetible. *“La dignidad del hombre implica, por el contrario, que todo ser humano sea fin en sí mismo, insustituible, nunca intercambiable ni tomado como objeto o cosa, como instrumento o mercancía.”*<sup>23</sup>. Por tal razón, para garantizar y resguardar la dignidad humana, la libertad e igualdad, son los derechos fundamentales medios e instrumentos que contienen valores y principios correspondientes a cada época histórica en miras del reconocimiento, exigibilidad y respeto de todas aquellas facultades e instituciones, permitiendo la realización de la dignidad humana, su libertad e igualdad. *“Los derechos fundamentales, por tanto, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad.”*<sup>24</sup> Para Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, son por lo tanto indisponibles e inalienables, dado por una norma jurídica. Los derechos humanos son todos aquellos en pos de la dignidad humana, pero no están positivizados, son derechos subjetivos.

Una vez conocido que los derechos fundamentales son prácticamente la *“traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad”*<sup>25</sup>. Debemos responder ¿Cuáles son los derechos fundamentales?, estos como sabemos pueden ser ilimitados pero, Luigi Ferrajoli, nos da parámetros para determinar cuáles derechos fundamentales deben ser garantizados, desde un punto de vista de la Filosofía Política, nos manifiesta que desde el ámbito normativo se toma en cuenta los siguientes criterios<sup>26</sup>:

- Existe un nexo entre los derechos fundamentales y la paz, como esta instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Se garantiza todos los derechos fundamentales, vitales cuya garantía es condición necesaria para la

<sup>23</sup> Gonzales, Juliana. *“Dignidad Humana”*; Diccionario Latinoamericano de Bioética. pág. 277.

<sup>24</sup> Castillo, Luis. *Ibíd.* Pag.6

<sup>25</sup> Prieto, Luis. *“Estudios sobre Derechos Fundamentales”*; pág. 20

<sup>26</sup> Ferrajoli Luigi. *“Sobre los Derechos Fundamentales”*. Pág. 117-118





paz: el derecho a la vida, a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, los derechos sociales aquellos necesarios para la supervivencia (salud, educación, subsistencia y a la previsión social, para el mínimo vital de una sociedad). Debe existir una relación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantismo que sostiene todos los derechos. *“la paz social en tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y perturbadores cuanto más las garantías de los derechos vitales están extendidas y son efectivas.”*<sup>27</sup>

- El derecho de las minorías, existe un nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales como: nacionalidad, sexo, lenguaje, entre otros. Que hace a cada persona un individuo diferente a todos los demás, pero igual en derechos, oportunidades y deberes a todas las demás. La igualdad con los derechos sociales garantiza la reducción de las desigualdades económicas y sociales.
- Finalmente los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regirá en su esencia, ejemplo: el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente. Estos derechos básicamente serían los alcanzados a lo largo del tiempo por lucha de reivindicaciones, como los derechos a los trabajadores, los derechos de las mujeres, responden a teorías de orden antropológico, sociológico y concerniente a la ciudadanía.

Una vez que tenemos claro los derechos humanos y fundamentales, trataremos de esclarecer cuales son los derechos constitucionales, para lo cual el Dr. Bidart Campos en su obra “Régimen Legal y Jurisprudencia de Amparo”, manifiesta: *“Los derechos en cuanto se constitucionalizan en el texto escrito, expresa o implícitamente son declarados como tales. Hay*

---

<sup>27</sup> Ferragoli Luigi. Ibídem. Pág. 119



*pues, declaraciones de derechos, que son los que los consagran o los que los confieren; en otras palabras, las normas donde se hayan positivizado. Los derechos implican facultades o atributos jurídicos de sus titulares.”* Por lo tanto, podríamos decir que los derechos constitucionales son todos aquellos positivizados o contemplados en nuestra constitución, sin olvidar que nuestra Norma Normarum es un Catálogo Abierto de Derechos, al reconocer todos aquellos consagrados en los diferentes instrumentos internacionales. Jorge Zabala en su obra *“Comentario a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”*, al respecto nos dice son: *“Derechos subjetivos, intereses de los sujetos de jerarquía constitucional que vinculan y se imponen a todas las personas y poderes, incluyendo al constituyente. Son derechos contra las mayorías y los poderes que se representan.”*<sup>28</sup>.

*“Los derechos constitucionales son enunciados de normas jurídicas, en la especie principios de rango constitucional, que imponen conductas determinadas”*<sup>29</sup>. Todos los derechos con el carácter de asegurar el bienestar, el desarrollo íntegro o guarde relación con la dignidad humana podrán ser tratados en vías judiciales ordinarias, es más, nuestra constitución consta de una amplia gama de derechos, para ser tutelados, amparados, reivindicados, y ser privilegiados o tratados en vías constitucionales, deberán ser únicamente aquellos que constan en normas jurídicas en la especie de principios de rango constitucional. Recordando, el constituyente introduce en dichas normas jerárquicamente superiores los derechos subjetivos, que serán aplicados en forma directa e inmediata. El efecto directo tiene que ver con la vinculación del legislador, haciendo relación a que no necesita de la mediación de una ley para su aplicación.<sup>30</sup>

Además el autor nos señala que no todos los derechos constitucionales pueden o son susceptibles de protección y reparación, por vía constitucional,

---

<sup>28</sup> Zabala, Jorge. *“Comentarios a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control jurisdiccional y control constitucional”*. pág. 243

<sup>29</sup> Zabala, Jorge. *Ibidem*. pág. 246

<sup>30</sup> Zabala, Jorge. *Ibidem*. pág. 245



pues son exigibles políticamente a los poderes legislativos y ejecutivo, o son justiciables ante la justicia ordinaria de acuerdo a las leyes que configuran sus contenidos, los desarrollan, y se tornan exigibles. Como el caso de los derechos patrimoniales, si bien están dentro de los derechos constitucionales o bajo sus principios, estos se resolverán en la vía ordinaria. Otros derechos constitucionales son justiciables en procesos preferentes y sumarios según lo contemplado en los procesos de garantías jurisdiccionales.<sup>31</sup>

En conclusión Jorge Zabala nos dice:

*“Derechos Constitucionales son aquellos declarados y reconocidos por la Constitución como preexistentes a la legislación, que por sus contenidos propios vinculan al legislador y que están dotados de resistencia contra cualquier intento de restricción o menoscabo de esos contenidos en aras de un interés mayoritario.”<sup>32</sup>*

Por lo cual, en definitiva los derechos constitucionales, son derechos ya preexistentes, sea en normativa interna o externa, recogen derechos subjetivos inherentes a cada individuo considerado como persona, único e irrepetible, reconociendo su dignidad humana, necesario para su desarrollo integral, bienestar, a lo que podemos decir buscan alcanzar el Sumak Kawsay, para la colectividad, a través de la individualidad. Recordando, no pueden ser considerados ilimitados en cuanto a su goce y ejercicio, pues sus límites se establecen por el convivir social, y como se manifiesta en el aforismo jurídico: *“el derecho de una persona termina donde comienza el derecho de los demás”*, por lo cual sus límites son: el orden público, la moral, los derechos de terceros y la seguridad de todos o las justas exigencias del bien común.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Zabala, Jorge. *Ibídem*. pág. 244

<sup>32</sup> Zabala Jorge. *Ibídem*; pág. 248.

<sup>33</sup> García, José. *“La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador”*. pág. 23.



En cuanto a la violación de los derechos constitucionales, se da cuando dichos derechos no han sido reconocidos, respetados, o mancillados, ya sea por autoridades o particulares, olvidando que vivimos en una comunidad y el bienestar de uno implica el bienestar de la comunidad. La violación de derechos constitucionales puede darse por acción u omisión a infringir lo contenido en las normas, principios o valores constitucionales, ya que de una u otra manera implican normas, pautas, directrices de convivencia.

Si la Constitución es considerada como norma, quiere decir que tendrá una respuesta o sanción, esta no siempre será el resultado a través de su análisis de la estructura lógica formal, ni de un supuesto de hecho, ni consecuencia jurídica determinada, pero puede aplicarse una sanción gracias a la interpretación constitucional.<sup>34</sup> Por tal motivo toda violación a una norma constitucional tendrá una sanción que la aplicará los diferentes órganos competentes según sea el caso. En caso de vulneración o violación a derechos constitucionales incluirá la reparación integral.

### 1.3. Principios de Interpretación Constitucional

La interpretación constitucional es fundamental, como sabemos la Constitución es una norma jerárquicamente superior, por lo cual se aplican algunos principios, para la correcta aplicación de la norma a las circunstancias reales, en cada caso en concreto, para lo cual José García manifiesta:

- **Principio de Unidad de la Constitución.-** La norma constitucional se interpreta dentro del conjunto constitucional, la Corte Constitucional debe basar sus decisiones en base a la concordancia o armonización con todos aquellos que tengan relación con el asunto dilucidado.<sup>35</sup> No puede haber contradicciones entre sus partes. (De ahí la importancia

<sup>34</sup> Medinaceli, Gustavo. *“La aplicación directa de las normas constitucionales. Una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina”*. pág. 32

<sup>35</sup> García, José. *“La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador”*. pag. 32



de extraer de la propia Constitución una teoría sobre sí misma, que sea guía vinculante para el intérprete) [STC 16/2003, F.J.5]<sup>36</sup>

- **Principio de la Concordancia Práctica.-** En cuanto a este principio el Dr. García manifiesta:

*“[...]se basa en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos, esto especialmente cuando se presentan conflictos de bienes e intereses constitucionalmente amparados, en cuyo caso la Corte Constitucional debe hacer un ejercicio de ponderación de los valores en conflicto.”<sup>37</sup>*

Y el autor Bastidas al respecto señala:

*“Los bienes e intereses protegidos por la Constitución han de ser armonizados en la decisión del caso práctico, sin que la protección de unos entrañe el desconocimiento o sacrificio de otros. [STC 154/2002 F.J12]. La concordancia ha de hacerse entre bienes amparados por la Constitución.”<sup>38</sup>*

Esto es importante sobre todo en la aplicación de la Jurisprudencia, pues se aplica en base a la racionalidad moral o política dejando de lado lo jurídico-constitucional.<sup>39</sup>

- **Principio de Eficacia Integradora de la Constitución.-** Es tomar en cuenta que uno de los propósitos constitucionales de la Norma

---

<sup>36</sup> Bastida, Francisco. “Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”. pág. 59

<sup>37</sup> García, José. “La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador”. pag. 32

<sup>38</sup> Bastida, Francisco. “Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”. pág. 59

<sup>39</sup> Bastida Francisco. “Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”. pág. 59



Normarum es la unidad política del Estado y de todos sus elementos constitutivos.<sup>40</sup>

- **Principio de la Fuerza Normativa de la Constitución.-** Las normas constitucionales son vinculantes en su letra o en su espíritu.<sup>41</sup> El ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme a la Constitución, entre las distintas interpretaciones posibles de las normas en cuestión ha de prevalecer la que permita el más alto grado de efectividad, en especial en derechos constitucionales<sup>42</sup>
- **Principio de la Adaptación a las Circunstancias.-** Al resolver un caso en concreto, se debe adaptar las normas constitucionales a las circunstancias sociales, políticas y económicas existentes al momento de resolver el caso, por medio de sentencias.<sup>43</sup>

En base al Art 427 de la Constitución vigente tenemos:

**Art. 427.-** Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.<sup>44</sup>

Para lo cual el Dr. José C. García en su obra *“La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador”*, nos manifiesta que a partir del Art 427 de nuestra constitución se

---

<sup>40</sup>Bastida Francisco. Ibídem. pág. 32

<sup>41</sup>Bastida Francisco. Ibídem. pág. 32

<sup>42</sup> Bastida Francisco; “Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”. pág. 60

<sup>43</sup> García, José. *“La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador”*. pág. 32

<sup>44</sup> Asamblea Nacional Constituyente. *“Constitución de la República del Ecuador 2008”*. Montecristi-Manabí. 2008



puede dar las siguientes interpretaciones según sea el caso. Sin olvidar lo contemplado en el Art 11 numeral 6 del cuerpo normativo mencionado:

**Art 11 numeral 6.-** Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

A partir de ello, el Dr. José C. García manifiesta que las normas constitucionales también se pueden interpretar de la siguiente manera:

- **Interpretación Extensiva.-** Proyecta la disposición de una norma constitucional a casos que aparentemente no están previstos por ella, pero que pueden razonablemente quedar incorporados a la norma.
- **Interpretación Restrictiva.-** Es reducir el alcance de una norma, cuando su significado literal no permite razonablemente extenderlo a determinadas hipótesis ni frente a otras mantener rigurosos el significado atribuido para los casos específicos que provee.
- **Interpretación Auténtica.-** Se realiza por el mismo órgano que sanciona la norma jurídica, mediante un nuevo acto que aclara con efecto retroactivo el significado de aquel que se interpreta.
- **Interpretación Jurisprudencial.-** Es la que realizan los jueces cuando por motivo del ejercicio específico de sus funciones, determinan el significado que corresponde asignar a una norma en su aplicación a un caso determinado.
- **Interpretación Libre.-** Se basa en la actividad creadora de los jueces para alcanzar el ideal de justicia.



- **Interpretación Realista o Experimental.-** Es aquella que concibe el derecho como resultado de los fines sociales que son mucho más rápidos que los legales.
- **Interpretación Doctrinaria o Certificada.-** Es la que proviene sustancialmente de los juristas, cuyo prestigio avala la corrección de las decisiones.

Otro tema importante que vale la pena saber, son los Principios Constitucionales Supremos, para lo cual Guastini nos dice:

1. *Una Constitución no es un simple conjunto de normas, sino una totalidad cohesionada de principios y valores.*
2. *El criterio de identidad de toda Constitución radica, precisamente, en los principios y valores que la caracterizan.*
3. *El cambio de tales principios constituye, por tanto, una revisión constitucional no banal, sino la genuina instauración de una nueva Constitución.*
4. *En consecuencia, la revisión constitucional no puede llevarse hasta el límite de modificar los principios y valores caracterizadores del ordenamiento (sin convertirse en instauración constitucional).*

*Por otra parte, la doctrina de los principios supremos surte el efecto de conferir un ulterior poder discrecional a la Corte, cada vez que se presente concretamente la ocasión de identificar los principios supremos que se suponen inmodificables (con el resultado de juzgar eventualmente inconstitucional una ley de revisión que estuviera en contraste con ellos o pretendiese alterarlos).<sup>45</sup>*

---

<sup>45</sup> Guastini, Riccardo. “Estudios de la Teoría Constitucional”. pág. 151





Esto quiere decir que la Corte de Constitucional también es fuente de derecho, pero debe hacerlo en base a los principios, valores y normas vigentes en la Constitución Vigente. Cada caso debe ser tratado de forma individual, dentro de todo este universo jurídico, la Corte Constitucional será la encargada de establecer la respectiva sanción, en base a los principios, preceptos, normas, valores constitucionales, para garantizar el correcto ejercicio de derechos fundamentales.

#### 1.4. Garantías Constitucionales

Todo individuo está dotado de derechos inherentes por el solo hecho de ser parte de esta gran familia llamada humanidad. Como se dijo anteriormente, cada individuo es único, irrepetible y jamás va a volver a existir alguien como él, por eso, a lo largo de la historia vemos a los seres humanos luchando por un mundo mejor, para que todos seamos iguales, dentro de las desigualdades<sup>46</sup>, claro que en la retórica esto es así, o se pretende, pero en la realidad está lejos de serlo.

Por tal motivo se han creado [...] *“mecanismo jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho establecido en la Constitución, que se conocen como garantías.”*<sup>47</sup>. En palabras de Peces Barba *“un conjunto coherente de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales”*<sup>48</sup>. Implica un conjunto amplio de principios, normas, técnicas, procedimiento e instituciones: sociales, estatales en pro de la defensa de los derechos constitucionales.<sup>49</sup> Prácticamente estos mecanismos están para reivindicar un derecho violentado, ya sea por terceros o por el propio estado. Sin olvidar que las garantías constitucionales están íntimamente relacionados con la

<sup>46</sup> Se dice que no todos somos iguales, pues no es lo mismo ser mujer que hombre o anciano que niño o joven, es por eso que con nuestra Constitución vigente se toma en cuenta eso, y por ejemplo hay grupos prioritarios, pues según nuestra condición como humanos debemos ser tratado, por lo cual se crea leyes que favorecen a los más débiles ya sea física, social o intelectualmente para que en miras de reconocer las desigualdades, todos lleguemos a ser tratados como iguales.

<sup>47</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. *“Apuntes de Derecho Procesal Constitucional”*. pág. 24

<sup>48</sup> Grijalva, Agustín. *“Constitucionalismo en Ecuador”*. pág. 238

<sup>49</sup> Grijalva, Agustín. *“Constitucionalismo en Ecuador”*. pág. 239



*Rigidez Constitucional*, como lo sostiene Luigi Ferrajoli, al decir que: los principios, derechos e instituciones, pueden ser modificados a través de procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que la contradigan. Esto es, un rasgo distintivo de las normas constitucionales, por otro lado, es un conjunto complejo y articulado de sus garantías. Pero sobre todo, es un rasgo estructural que la posiciona en la cúspide de la jerarquía normativa a la constitución.<sup>50</sup> Pues como sabemos las garantías constitucionales están dentro de los derechos e instituciones como mecanismos para activarlos al momento que nuestros derechos constitucionales han sido violentados, es decir al estar dentro de nuestra Constitución, sus reformas o cambios dependerán de cómo se contemple la misma reforma constitucional.

Como sabemos, si una persona tiene un derecho la otra tiene el deber de respetarlo, existe una relación intersubjetiva o bilateral entre sujetos, por lo cual se impone reglas de conducta, para la existencia de un orden dentro de la sociedad. Pero dicho derecho, está dentro de los márgenes de los principios y valores sociales.

*“El derecho debe buscar la justicia, igualdad y libertad, entre otros; todo ello incide en que la norma jurídica será acogida dentro la naturaleza de las obligaciones, en tanto norma jurídica será aquella que es obedecida o aquella que infunde al destinatario el convencimiento de su obligatoriedad”<sup>51</sup>.*

Por eso un derecho por el simple hecho de ser proclamado, conferido o atribuido no quiere decir que esté garantizado o protegido, pues necesita de mecanismos, para que dichos principios contenidos en los derechos o normas sean observados.<sup>52</sup> Y así:

---

<sup>50</sup> Luigi, Ferrajoli. “*Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías*”. Pág. 78

<sup>51</sup> Medinaceli, Gustavo. “*La aplicación directa de las normas constitucionales. Una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina*”. pág. 30

<sup>52</sup> Guastini, Riccardo. “*Estudios de la Teoría Constitucional*”. pág. 233



*“La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere, solo puede ser establecida por otra norma (“secundaria”) que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada.”<sup>53</sup>*

Para Guastini las garantías de los derechos constitucionales son protecciones de los derechos de los ciudadanos contra el Estado, o barreras dadas entre el poder estatal y la libertad de los ciudadanos.<sup>54</sup> Entonces si los derechos tienen dos caras, pues para uno será una potestad y para otro un deber, las garantías constitucionales, también son positivas y negativas, pues responde a la doble naturaleza (potestad y deber) de los derechos constitucionales.<sup>55</sup> Para lo cual Ferrajoli nos dice en su obra *“Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías”*:

Las Garantías Negativas son la prohibición de derogar o la inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario y buscan impedir a que se den normas contrarias a ellas. Y son dos:

- a) Son normas con referencia a la reforma constitucional mediante procedimientos más gravosos que para las leyes ordinarias. Son garantías negativas de la rigidez, pues se debe adoptar procedimientos legislativos agravados.
- b) Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de los preceptos, por comisión u omisión, por razones de forma o de sustancia, contrarios a las normas constitucionales, y son las garantías negativas secundarias de la rigidez, consiste en la anulación o desaplicación de normas legales contrarias a las normas

---

<sup>53</sup> Guastini, Riccardo. *Ibidem* pág. 234

<sup>54</sup> Guastini, Riccardo. *Ibidem*. pág. 234

<sup>55</sup> Luigi Ferrajoli. *Ibidem*. Acceso: 29 de Agosto de 2013



constitucionales, que violan su garantía negativa primaria. Se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre la legitimidad: 1.- el control difuso implementado por los Estados Unidos y 2.- el control concentrado difundido por Italia o en general Europa Occidental, siendo para Ferrajoli el más eficaz este último, aunque con sus limitaciones, pues afecta solo a las fuentes primarias que abarca a las leyes ordinarias y a todos los actos que se puedan equiparar a ellas.

Las garantías Positivas en cambio son: la obligación del legislador de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos o de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos constitucionales promulgados. Pues como dice Kelsen en su obra “Teoría General del Derecho y del Estado” tener un derecho es “*la posibilidad jurídica de obtener la aplicación de la norma jurídica apropiada que prevé la sanción*”. Pero en la realidad vemos que no todos los derechos están amparados por dicha protección, provocando lagunas o antinomias en cuanto a la aplicación de los mismos, dando lugar a un derecho ilegítimo originado en el posible desconocimiento por parte del legislador de aplicar las normas constitucionales. Pues como dice Michelangelo Bovero en su obra “Derechos, deberes y garantías”, “*existe la obligación para el legislador de introducir las garantías correspondientes en el derecho estipulado*”. En tal virtud, cada vez se incorporan las respectivas garantías a los derechos constitucionales, pero el problema más grande se da a nivel internacional, pues el ordenamiento internacional carece de instituciones de garantías a excepción de la Corte Penal Internacional instituida para juzgar los crímenes contra la humanidad.<sup>56</sup>

Desde Locke y Montesquieu se dijo que la “separación de poderes”, es la garantía fundamental de los derechos de libertad. Es así, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su Art 16 reza:

---

<sup>56</sup> Luigi, Ferrajoli. “*Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías*”. pág. 98



Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.<sup>57</sup>

O en palabras de Montesquieu:

*“[...] es necesario combinar los poderes, regularlos, temperarlos, hacerlos actuar, de tal forma que se dé un contrapeso a cada uno de ellos para que puedan resistir la fuerza y la voluntad del otro”*<sup>58</sup>

La separación del poder como lo señala Guastini en su obra *“Estudio de la Teoría Constitucional”*, es una garantía, al limitar el poder político en general:

- El poder político no puede estar concentrado en una sola persona u órgano, pues sería demasiado poderoso, pero si está dividido entre una pluralidad de órganos u individuos, cada uno de ellos tendrá un poder más pequeño, más débil, menos penetrante.
- Checks and balances, como sostuvo Montesquieu “poder frena el poder”. Así, el poder político está dividido en pluralidad de órganos cada uno de ellos ejercerá un control recíproco entre sí, se obstaculiza el ejercicio de sus poderes mutuamente. Y es más complicado el abuso del poder.

*“El resultado es una interdependencia entre los diversos poderes y la necesidad de cooperar entre ellos para tomar decisiones políticas. En conclusión, puede afirmarse de modo verosímil que el objetivo de la teoría política de Montesquieu es la vinculación y no la separación de los poderes, lo cual no presupone la capacidad de*

---

<sup>57</sup> Asamblea Nacional Constituyente de los Estados Generales de la Revolución Francesa. “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”. Francia. 1789

<sup>58</sup> Montesquieu. “El Espíritu de las leyes”. Pág. 14



*funcionamiento de la comunidad ni que se alcance una armonía estatal.*<sup>59</sup>

Así, más que división se hablaría de compensación entre un poder y otro, para ayudarse mutuamente y cumplir con lo promulgado en la Carta Fundamental.

Sin embargo, no debemos olvidar que nuestra Constitución divide en cinco funciones el poder del estado por lo cual el tratadista Agustín Grijalva manifiesta: La función Legislativa, tiene garantías normativas consagradas en el Art 85 de la Constitución de 2008

La función Ejecutiva tiene garantías políticas públicas:

**Art. 85.-** La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

---

<sup>59</sup>[http://noticias.juridicas.com/articulos/05 Derecho%20Constitucional/200901-15687565423157.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/05_Derecho%20Constitucional/200901-15687565423157.html)



3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

La Función Judicial tiene garantías Jurisdiccionales consagradas en el Art 86 y 84 de la Constitución de 2008. La Función de Transparencia y Control Social tiene garantías Institucionales. Y finalmente la función Electoral tiene garantías institucionales y jurisdiccionales.

#### 1.4.1. Clases de Garantías Constitucionales.

La Teoría de los Derechos, reconoce distintas clases o niveles de tutela jurídica para los derechos, tenemos:

- Garantías Normativas
- Garantías Institucionales
- Garantías Jurisdiccionales

**Garantías Normativas.-** Para Juan Pinto son principios y reglas en miras a que los derechos fundamentales de las personas estén efectivamente asegurados como normas que limiten al mínimo sus restricciones, y se asegure adecuadamente su resarcimiento cuando se han producido daños, como consecuencias de su vulneración por parte de los poderes públicos o sus agentes.<sup>60</sup> La fundamental garantía normativa es el principio general de la *Supremacía de la Constitución*, consagrado en el Art 424 inciso 1 de la Carta Fundamental. Claramente vemos, que todo el ordenamiento jurídico

---

<sup>60</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. “*Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*”. pág. 2.



debe ser acorde con la Constitución, al igual que toda actividad estatal, es decir tantos ciudadanos como los diferentes poderes están bajo la Carta Fundamental es decir, existe el sometimiento del hombre a la norma suprema.

Otra Garantía Normativa es el *“Deber de respetar a los derechos”*, promulgado en el Art 11 numeral 9 de la Norma Normarum:

**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Art 11 numeral 4 de la Constitución vigente reza:

**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

El inciso 2 del Art 11 numeral 9 reza:

9. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Constitución Ecuatoriana 2008





Concluyendo, otra obligación importante que tiene el Estado, es la reparación de dicho derecho constitucional violado derivado de las acciones u omisiones de sus agentes en ejercicios de sus cargos o por falta o deficiente prestación de servicios públicos.<sup>62</sup>

Finalmente, Pinto en su obra “*Apuntes sobre teoría General de las Garantías Constitucionales*”, expresa que un novedoso mecanismo implementado por Montecristi es el implementado en el Art 84 de la Norma Normarum:

*“[...] pues asegura la sujeción de la Asamblea Nacional y de cualquier otro órgano con potestad normativa reconocida por la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, con lo que todo acto normativo está limitado por el contenido y eficacia de los derechos fundamentales.”<sup>63</sup>*

**Art. 84.-** La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

**Garantías Institucionales:** Para lo cual, el mencionado autor manifiesta que son los mecanismos otorgados a determinadas organizaciones o instituciones, asegurando un núcleo o reducto indisponible para el legislador, importantes desde el punto de vista constituyente. Como el principio de separación de poderes, el reconocimiento del carácter laico del Estado o separación entre iglesia y el Estado, principio de legalidad, la existencia de

---

<sup>62</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. “*Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*”, pág. 27

<sup>63</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica *Ibídem* pág. 27



un órgano independiente y autónomo Corte Constitucional que vigila la supremacía Constitucional, la labor del defensor del pueblo, entre otros.<sup>64</sup>

Al respecto de la separación de poderes ya se trató anteriormente, pero en cuanto a la separación de la iglesia y el Estado Pinto señala: es un fenómeno que surge durante el Renacimiento, resultado de guerras de religión que surgieron a la reforma protestante; se consolida con la ilustración y el racionalismo llegando a ser una política oficial durante la Revolución Francesa, la Independencia Norteamericana y las revoluciones burguesas que deshacen “alianza entre el trono y el altar”.<sup>65</sup>

*“Desde el punto de vista jurídico, cuando hablamos de separación entre iglesia y Estado, nos estamos refiriendo a la garantía jurídica por medio de la cual se consigue que las instituciones públicas y las religiosas se mantengan separadas e independientes mutuamente, con el resultado de que cada una de ellas mantiene su autonomía para tratar los temas relacionados con sus esferas de influencia. Como resultado de la positivización de tal garantía se logra el establecimiento de un Estado laico, y se inicia el proceso de secularización de una sociedad, mientras en el plano de los derechos esta garantía se manifiesta en el reconocimiento de la libertad de conciencia y de cultos”<sup>66</sup>*

Con un estado laico se deja de lado las ideas implantadas por la iglesia en la época medieval, donde Dios era el centro de todo, incluyendo el ámbito jurídico, ahora sabemos que el centro de toda actividad estatal y normativa es a favor del bienestar humano, teniendo en cuenta su dignidad como persona, así nuestra constitución busca garantizar los diferentes derechos humanos, reconociendo la individualidad, pero también reconoce que el ser humano vive en una comunidad y cada una de ellas toma diferentes formas

---

<sup>64</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. *Ibídem*, pág. 27

<sup>65</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. *Ibídem*, pág. 28

<sup>66</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. *Ibídem*, pág. 28 y 29



de vida, expresividad, entre otros, por eso, se plasma la plurinacionalidad, interculturalidad, en nuestra Constitución vigente.

El principio de legalidad es característico del estado liberal, y es la distinción y subordinación de la acción pública y judicial a la ley desde un punto de vista formal. Se da la preeminencia del poder legislativo respecto del resto de poderes y la supremacía de la ley respecto del resto de los actos normativos del Estado. Por lo tanto, los derechos fundamentales serán lo que diga, mande o permita la ley.<sup>67</sup>

Otra de las acepciones del principio de legalidad, lo explica Pinto con la siguiente frase: *“El estado solo puede hacer aquello que está expresamente permitido en la ley, mientras que los particulares pueden realizar todo lo que la ley no les prohíbe”*, o es el sometimiento de la administración, ejecutivo a la ley.<sup>68</sup> Además dice: la principal manifestación de la vigencia del principio de legalidad es justamente el principio de reserva de ley, ya que algunas materias de importancia social o política es atribución exclusiva del legislador.

*“La tipificación de delitos y sanciones, la creación o modificación de impuestos, la regulación de los derechos constitucionales y de cualquier actividad que tenga que ver con el ejercicio de los derechos, la regulación de la organización político-administrativa del país, entre otras, solo puede ser regulado por la ley.”<sup>69</sup>*

En nuestro caso la Defensoría del Pueblo tiene relación con la Función de Transparencia y Control Social, el autor señala:

*“[...]encargado de la promoción, el ejercicio y divulgación de los derechos humanos, que incluyen la emisión de medidas de*

---

<sup>67</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica *Ibídem*, pág. 29

<sup>68</sup> *Ibídem* pág. 29

<sup>69</sup> *Ibídem* pág. 29



*cumplimiento obligatorio de los derechos humanos; el patrocinio de las acciones constitucionales; la investigación de acciones y omisiones de servidores públicos en relación con los derechos humanos constitucionalizados; y la vigilancia del cumplimiento estricto del derecho a la libertad, que incluye las acciones necesarias para evitar la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes, así como solicitar a las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna.”<sup>70</sup>.*

Además, realiza una función reguladora de la función administrativa, precautelando la no violación de derechos humanos, así como todos aquellos que cumplen función pública, será el encargado del su respectivo control y fiscalización.

**Garantías de Políticas Públicas.-** Estas garantías están explicadas en el Art 85 de la Carta Fundamental:

**Art. 85.-** La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales,

---

<sup>70</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. pág. 30 y 31



la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

En pocas palabras, las políticas públicas, están en estrecha vinculación con los derechos, buscando su eficacia. Toda política pública debe alcanzar la viabilidad, ejecutabilidad, desarrollo y materialización de los derechos contemplados en nuestra Carta Magna. Es por eso, que ahora contamos con un Plan Nacional y toda política pública, o acción u omisión por parte del aparato estatal debe ir en miras de cumplir con ese Plan Nacional con objetivos, metas, retos claros para así lograr el Sumak Kasuay para cada individuo y la colectividad.

**Garantías Jurisdiccionales.-** En sí, tiene que ver con lo manifestado por Walter Hobel, al hablar de este tema: es el gobierno de los jueces, o el poder, facultad, prerrogativa dado a los jueces, la cual tiene que estar a la par con los demás poderes del estado. Son las llamadas garantías secundarias de Ferrajoli. Para lo cual Agustín Grijalva manifiesta:

*“Están siempre confiadas a los tribunales o jueces independientes de los órganos políticos, tribunales o jueces que pueden recibir denuncias de vulneraciones a los derechos y que cuentan con capacidad de sanción. Las garantías jurisdiccionales pueden ser ordinarias, cuando se refieren a la justicia ordinaria, o*



*constitucionales cuando consisten en técnicas normativas especializadas de la justicia constitucional.”<sup>71</sup>*

Prieto manifiesta:

*“[...] que la garantía judicial de los derechos y, por tanto, la fiscalización difusa de la ley, no constituye elemento adjetivo del que se pueda prescindir, sino un rasgo característico de toda Constitución que se quiera concebir como fuente de derechos y obligaciones o, como a veces, prefiere decirse, de toda Constitución normativa”<sup>72</sup>*

Así se puede decir, que los jueces dependiendo de su competencia son los encargados de administrar justicia, de aplicar las diferentes normas, reglas, principios, valores, jurisprudencias, tratados internacionales, entre otros, de buscar los diferentes medios para alcanzar llegar a establecer la verdad, apegados a las reglas ya establecidos y a utilizar los medios que la propia ley les da, para alcanzar su misión, ahora que vivimos en un Estado de Derechos y Justicia Social, como hemos visto en el desarrollo de este trabajo deben alcanzar lo promulgado en la Constitución, es decir, que ellos deben de utilizar los recursos dados por la ley, doctrina, costumbre, jurisprudencia, tratados internacionales siempre y cuando estos sean el desarrollo normativo de la Constitución o estén acorde con ella. Los jueces deben ser los directores formales, técnicos y prácticos del constitucionalismo en cada proceso. A lo que GianCarlos Rolla manifiesta:

*Es un proceso de derecho objetivo dirigido a afirmar la legalidad, que se desarrolla en interés supremo y en nombre de la constitucionalidad de la ley: el objetivo principal es favorecer la coherencia del sistema jurídico, no solo eliminando las posibles antinomias internas del ordenamiento, constituidas por la presencia de normas legales en contradicción con las de rango*

---

<sup>71</sup> Grijalva, Agustín. “Constitucionalismo en Ecuador”. pág. 244.

<sup>72</sup> Prieto Sanchís Luis. “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. pág. 139



*constitucional, sino también asumiendo una función de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales o de unificación de las tesis jurisprudenciales de acuerdo al significado de las normas primarias”<sup>73</sup>*

Nuestra constitución establece las siguientes Garantías Jurisdiccionales:

Derechos Protegidos	Garantías Jurisdiccionales
Recuperar la libertad de quien se encuentre privada de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima; y derechos conexos	Habeas Corpus
Cuando existe amenazas a vulnerar derechos constitucionales	Medidas Cautelares
Los derechos Constitucionales que no amparan, las otras garantías jurisdiccionales	Acción de Protección
Garantiza el acceso a la información cuando ha sido negada expresa o tácitamente, o no ha sido dada completa, o no es del todo verídica.	Acción de Acceso a la Información Pública.
Acceso a datos personales	Habeas Data
Garantiza la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales.	Acción por incumplimiento
Procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos	Acción Extraordinaria de Protección

<sup>73</sup> Rolla, GianCarlo. “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”. pág. 33



en la Constitución.	
Es la garantía que obliga a los funcionarios públicos a cumplir con sus obligaciones.	Acción de Cumplimiento

Por su lado la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reza:

**Art 6 Finalidad de las Garantías.-** Las garantías jurisdiccionales tiene como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.<sup>74</sup>

En este caso se puede decir que las garantías jurisdiccionales como garantías constitucionales son aquellas vías, mecanismos, procesos, procedimientos que han sido desarrollados normativamente por las leyes, bajo los parámetro, directrices de la Constitución, para amparar los derechos constitucionales logrando que no sean simples derechos, sino materializándolos, para alcanzar plena administración de justicia constitucional y esta potestad es dada o concedida a los jueces y tribunales conforme lo establezca la ley ecuatoriana.

### 1.5. Justicia Constitucional

La Justicia puede ser analizada como valor, derecho o como fin. Pero la definición que más resalta es de Ulpiano como fin: *“Es la constante y*

<sup>74</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”. Quito: Registro Oficial-Segundo Suplemento No 52 de 22 de Octubre de 2009.





*perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” o iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. ¿Y cuál es ese fin? Aristóteles ya lo dijo: es la felicidad. Cada ser humano es único e irrepetible por eso posee facultades y prerrogativas por el simple hecho de serlo, pero al igual que tiene derechos tiene deberes, porque vive en una comunidad en un medio, se contacta con otros individuos igual en derechos a él, por eso sus derechos se acaban dónde comienzan los derechos de los demás. La armonía, entre los derechos de unos y los deberes de otros, es aquello que se constituye justo. Esto va de la mano con los preceptos del derecho: Vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo. Así es como los romanos resolvieron los deberes de cada uno.*

La justicia existe o reina cuando las tres relaciones fundamentales son justas como lo manifiesta José Ayllon:

- Relación entre los individuos (justicia conmutativa)
- Relación entre la sociedad y el individuo (justicia distributiva)
- Relación entre el individuo y la sociedad (justicia legal)

La justicia conmutativa es la restitución: acción de poner a uno de nuevo en posición y dominio de lo que le pertenece. Recordemos que todo proceder, actuar humano convierte en deudor o acreedor al sujeto que la realiza. Ej: si estudio en una universidad pagada o privada es porque tengo el derecho constitucional y humano a la educación, tutelado y garantizado por el Estado Ecuatoriano, pero a la vez debo pagar la colegiatura, estudiar o cumplir con lo establecido por dicha institución. De ahí la exigencia de que cada cual cumpla mediante la restitución las obligaciones que le atañen.<sup>75</sup>

Por lo cual podemos concluir que tengo un derecho, pero a la vez un deber u obligación de cumplir ya sea con otra persona, la sociedad, o el estado. De ahí que cuando no se cumple con la obligación de hacer, dar o no hacer, surge una acción que buscará la reivindicación del derecho o el remedio del

---

<sup>75</sup> Ayllon, José. <http://www.slideshare.net/paomonchy/a-cada-uno-lo-suyo>.



mismo, cuya potestad se la fue dada al Estado mediante su función judicial, la cual tendrá el deber, como manifestó Ulpiano de dar a cada quien su derecho.

La Justicia Constitucional es el resultado de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, que busca reivindicar todo derecho constitucional vulnerado, en base a lo contemplado en la Constitución, siguiendo sus valores, principios y normas desarrollados en las leyes secundarias.

Ahora trataré sobre la independencia, acceso y eficacia de la Justicia Constitucional:

Agustín Grijalva expresa que la independencia está en relación con la independencia de la función judicial a la legislativa y ejecutiva, sin olvidar que grupos de poder político y económico pueden ejercer presión sobre los jueces. El acceso es la posibilidad real de los ciudadanos a recurrir a los jueces para proteger sus derechos. La eficacia, es la capacidad operativa de los jueces, reflejada en indicadores cualitativos como la calidad de los fallos, e indicadores cuantitativos como el número de causas, o los tiempos procesales.<sup>76</sup>

En cuanto a la independencia Grijalva nos dice:

*“La independencia judicial de una Corte Constitucional puede ser mejor entendida como: el surgimiento o presencia de un tipo diferenciado de actor político: Corte Constitucional, actor que tiene un poder propio o autónomo que le permite reducir tanto la injerencias indebidas como los costos políticos en sus procesos decisorios. Frente a la noción de independencia judicial (noción negativa) que destaca la ausencia de injerencias indebidas sean políticas, mediante corrupción u otro tipo de presiones, la concepción crítica busca integrar esta noción negativa a otra positiva que*

---

<sup>76</sup> Dunia, Martínez. “Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana”. pág. 171



*destaca también el poder propio y específico del juez constitucional*<sup>77</sup>

Esta independencia es gradual, de menor o mayor intensidad como lo señala el autor, pues un juez debe estar consciente de la realidad, circunstancia y responder a la misma, si bien cada función del estado tiene su ámbito, no es menos cierto que todas ellas se relacionan entre sí, por lo cual debe responder a los más altos intereses del Estado.

Los jueces cumplen una importante misión pues son los encargados de administrar justicia constitucional. El juez es un actor político, es decir es un actor por sí mismo y actúa con relativa libertad. Ejercen poder estatal y aplican normativa jurídica, en especial la Constitución, y sus decisiones tienen impacto político. Su poder se basa en la posibilidad de seleccionar entre varias interpretaciones jurídicamente admisibles en base a un mismo texto legal, es su labor específica y el núcleo de su independencia, el juez constitucional tiene mandatos definidos destacando la protección a los derechos fundamentales. Así, la Corte Constitucional es un órgano jurisdiccional, es políticamente independiente, para construir sus análisis jurídicos, sostener sus decisiones basadas en derecho y la Carta Fundamental. Este órgano se mueve, y limita por: la Constitución, derechos fundamentales, lógica, lenguaje jurídico, cultura constitucional de los ciudadanos, propia jurisprudencia y prudencia política.<sup>78</sup> Al respecto la Corte Constitucional señala:

### **Sistema de Justicia Constitucional 2010. Régimen de Responsabilidad**

**(1 y 2) Para salvaguardar los principios de independencia de la Corte Constitucional, se clarifica el alcance del régimen de responsabilidad de la Corte Constitucional.**

---

<sup>77</sup> Dunia, Martínez. “Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana”. pág. 173

<sup>78</sup> Dunia, Martínez. Ibídem. págs. 173 y 174



**1) “El Art 431 constitucional, que establece el régimen de responsabilidad de los Jueces miembros de la Corte Constitucional, debe entenderse en el propio sentido:**

**a) El Art 431, primer inciso de la constitución, con toda claridad excluye cualquier posibilidad de juicio político o remoción en contra de los jueces de la Corte Constitucional por cualquier organismo que no sea la propia Corte Constitucional, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros; tampoco hay otra norma constitucional que autorice lo contrario, por lo que no existe en la Carta Suprema vacío o antinomia alguna que provoque dudas al respecto.**

**b) En el caso de responsabilidad penal por el eventual cometimiento de delitos comunes como Jueces miembros de la Corte Constitucional, la indagación y acusación deberá ser realizada por la Fiscal o el Fiscal General de la Republica, y posteriormente juzgados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencias emitidas con el voto conforme de las dos terceras partes de sus miembros.**

**c) En garantía de salvaguardar la autonomía e independencia de la justicia constitucional, se determina que los jueces de la Corte Constitucional no pueden ser objeto de acciones procesales y procesales penales por el contenido de sus opiniones, resoluciones, votos o fallos, consignados o que consignare en el ejercicio de su cargo.**

**2) Conforme lo establecido en el Art 25 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, aplicables a la presente causa, esta sentencia interpretativa tendrá efecto erga omnes y constituirá**



*jurisprudencia obligatoria, así como el carácter vinculante general, de conformidad con lo señalado en el Art 159 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial no 52 del 22 de octubre del 2009*<sup>79</sup>

Grijalva en cuanto al acceso manifiesta que es formal y material o social, en cuanto al primero son las garantías que son instituciones y procedimientos jurídicos que resguardan la supremacía constitucional y el respeto a los derechos fundamentales. Estos permiten la ejecución coercitiva ante los tribunales. Las garantías y acciones deben operar adecuadamente para que los derechos tengan eficacia. En cuanto al acceso material o social Grijalva expresa:

*“[...] es el proceso de democracia deliberativa que se genere en y alrededor del Tribunal Constitucional siendo un proceso comunicacional en que los ciudadanos exponen y transforman sus preferencias a partir de la discusión en términos de igualdad participación y respeto. Robert Alexy sostiene que los jueces constitucionales ejercen la “representación argumentativa”, y el Tribunal Constitucional centra su legitimidad en la corrección de sus argumentos, en la solidez de su interpretación y su discurso jurídico. O en otras palabras la legitimidad de la Corte Constitucional depende de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores de los ciudadanos. Y para la deliberación constitucional no solo depende de la capacidad y disponibilidad de jueces y magistrados constitucionales, sino también de los ciudadanos de conocer, reclamar, la constitución”*<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Ávila, Luis. “*Repertorio Constitucional*”. Quito: Corte Constitucional, 2008-2011. Corte Constitucional, Carlos Mauricio Miranda Gaibor y otros.- Constitución, Art 431. st. 003-10-SIC-CC, cs. 0004-09-IC; 16-dic-2010. Juez constitucional ponente: Manuel Viteri Olvera, pág. 320

<sup>80</sup> Grijalva, Agustín. *Ibíd.* págs. 185 y 186



Finalmente, la eficiencia tiene relación con la efectividad en la protección de los derechos fundamentales, con la perseverancia de la supremacía constitucional, teniendo dimensiones cualitativas (calidad y cumplimiento de fallos) y cuantitativos (número de acciones de protección o acciones de inconstitucionalidad tramitados.)<sup>81</sup>

Los postulados fundamentales de la justicia constitucional es: la supremacía constitucional y la aplicación directa e inmediata de la norma constitucional, como lo dice Luis Cueva. Pero en sí, Calamandrei manifestó: *“La justicia constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de la Cartas Constitucionales de nuestra época, que se constituye en “una promesa de la democracia”*<sup>82</sup>. En otras palabras es el modo de actuar frente a los derechos constitucionales, por parte de los administradores de justicia y del Estado en general para aplicarlos.

Administrar justicia es un gran reto dado a los jueces, pues deben hacerlo bajo los parámetros de la Constitución vigente, la Corte Constitucional es el más alto órgano para controlar que eso efectivamente ocurra, en sí, para administrar justicia constitucional, como lo consagra el Art 429 de la Carta Fundamental. Es el encargado de asegurar la eficacia de las normas constitucionales sobre todo de los derechos y garantías contempladas a favor de las personas.

“Dar a cada quien su derecho”, no es cosa sencilla, pues en base a lo expuesto vemos claramente que ese derecho está enmarcado dentro de los valores, principios y normas constitucionales, es decir debe cumplir con todas aquellas garantías, protecciones que tienen cada uno ellos y que únicamente su tutela efectiva permitirá establecer el *sumak kausay*, reconociendo parte de nuestras raíces milenaria.

---

<sup>81</sup> Dunia, Martínez Ibídem. Pág. 188.

<sup>82</sup> Cueva, Carrión; *“Acción Constitucional Ordinaria de Protección”*. Quito: Cueva Carrión Ediciones, 2009, pág. 34 y 35.



## CAPÍTULO II

### 2. ACCIÓN DE PROTECCIÓN, UNA GARANTÍA PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

#### 2.1. Concepto de Acción de Protección

Luis Cueva en su obra: *“Acción Constitucional Ordinaria de Protección”*, nos da una interesante visión sobre la Acción Ordinaria de Protección, al decir: *“La acción de protección surge a la vida jurídica como una reacción contra el abuso del poder. Es el escudo jurídico del débil contra el fuerte, del que carece de poder contra el que lo posee y abusa de él. Es un instrumento jurídico creado por el Estado moderno para controlar el ejercicio abusivo y corrupto del poder”*<sup>83</sup>. Por lo cual yo diría, no solo por parte del Estado, si no de las demás personas, o grupo de personas, siempre y cuando se configuren los elementos dispuestos en el Art 41 de la LOGJYCC, si bien todos somos iguales en derechos, pero no en condiciones, o poder como expresó Cueva, *“El poder lo invade todo: la familia, las instituciones, la sociedad, el Estado. Todas las fases de la vida, pública y privada, están regidas por el poder. El poder organiza la sociedad, la dirige, la enrumba; pero; también la aliena y la manipula”*<sup>84</sup>. El poder es necesario, pues como sabemos unas personas, tienen cierta ventaja sobre otras, sean económicas, sociales, intelectuales, entre otras. Por ende, quien tiene autoridad y poder en cualquier ámbito de la vida, estará sobre otros, sin olvidar que toda persona, está dotada de derechos, a la vez cuenta con deberes y entre ellos debe existir armonía, bienestar, los derechos terminan donde comienza los derechos de su congénere. Rousseau dijo: *“El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los*

<sup>83</sup> Cueva, Carrión. *“Acción Constitucional Ordinaria de Protección”*. pág., 17

<sup>84</sup> Cueva, Carrión. *“Acción Constitucional Ordinaria de Protección”*. pág., 11



*demás*<sup>85</sup>. Los seres humanos actuamos correctamente bajo la ética de mínimos, es decir actuamos porque nos dicen que es bueno o no, o porque nos controlan, pero cuando aquella persona o grupo de personas ejerce más allá su autoridad, o se sale de los parámetros establecidos, permite a la otra persona ejercer una acción, para reivindicar aquello en lo que se le afectó. Es por ello, que la Acción Constitucional de Protección, surge para proteger, resguardar, reivindicar aquel derecho constitucional vulnerado por el Estado y las personas como lo dispone el Art 41 de la LOGJYCC.

Nuestra Constitución define a la Acción de Protección de la siguiente manera:

**Art. 88.-** La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación<sup>86</sup>.

El Art 45 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, vigente antes de la LOGJYCC reza:

**Art 45 Derechos protegidos.-** La acción de protección garantiza judicialmente los derechos establecidos en la Constitución y demás derechos conexos definidos por la jurisdicción de la Corte

---

<sup>85</sup> Rousseau, Juan. “*El Contrato Social*”. pág. 8

<sup>86</sup> Asamblea Nacional Constituyente. “*Constitución de la República del Ecuador 2008*”. Montecristi-Manabí; 2008





Constitucional, y aquellos que a pesar de no estar señalados expresamente en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que contengan normas más favorables a los contenidos en la Constitución.

La Acción de Protección es una acción, pero a la vez un derecho de carácter constitucional. Luis Cueva expresa:

*“[...] es una acción procesal oral, universal, informal y sumaria que ampara y garantiza judicialmente, en forma directa y eficaz, los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos cuando fueren vulnerados por actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, por políticas públicas o por personas particulares”<sup>87</sup>.*

Como se expresó anteriormente esta acción, sería el poder de quien lo carece, pues busca ser una herramienta eficaz creada por el Estado Ecuatoriano, al tutelar generalmente los derechos reconocidos en la Constitución, y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, cuando existe violación de aquellos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en su artículo 25 de Protección Judicial, señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

---

<sup>87</sup> Cueva, Luis. “Acción Constitucional Ordinaria de Protección”. pág., 61



**2. Los Estados partes se comprometen:**

- a)** A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b)** A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y;
- c)** A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Como vemos la tutela efectiva de derechos es una obligación internacional de los estados partes, pues cada Estado parte debe tener un recurso sencillo, rápido y efectivo, cuando vulneren derechos fundamentales por cualquier persona. Con autoridades competentes a quien acuda el accionante, y en caso de ser procedente se cumpla con dicha sentencia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia al respecto señalado que:

*“El derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes.*



*La garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.*

*No basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos”<sup>88</sup>*

## **2.2. Características de la Acción de Protección**

Luis Cueva sostiene como características de la Acción de Protección son las siguientes, recordando que son en base a la perspectiva de la Constitución:

### **Acción procesal pública y tutelar**

Puede ser planteada por la persona afectada en su derecho de forma individual, colectivamente o por un tercero. Es decir, una acción pública. Nuestra Constitución al respecto manifiesta en el Art 86 numeral 1 de la Carta Fundamental que las garantías jurisdiccionales podrán ser presentadas por cualquier persona o grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad. En el Art 11 numerales 1 y 2 del cuerpo normativo antes mencionado manifiesta que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, pues todas las personas son iguales ante la ley y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, nadie podrá ser discriminada por ninguna razón. Pero sobre nuestra Constitución prescribe:

**Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado.-** Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular

---

<sup>88</sup> Trujillo Rodrigo. “La Acción de Protección como Garantía Constitucional de los derechos Humanos”. INREDH, [http://www.inredh.org/index.php?id=355%3Ala-accion-de-proteccion-como-garantia-de-los-ddhh&option=com\\_content](http://www.inredh.org/index.php?id=355%3Ala-accion-de-proteccion-como-garantia-de-los-ddhh&option=com_content).



la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Es decir, nuestro Estado garantiza el derecho de acción, como acción procesal, para su efectivo goce. Sin la respectiva acción procesal la protección quedaría en letra muerta, pues los derechos constitucionales adquieren eficacia y realidad plena gracias a las acciones procesales. Ahora bien, debemos diferenciar el derecho de acción:

*“[...] es el derecho que el Estado concede a todos sus habitantes en forma general; la naturaleza abstracta de este derecho es común a todos los derechos declarados en la Constitución y en las leyes; es un derecho público, porque mediante él se realiza la función pública de administrar justicia, en este caso concreto, la justicia constitucional. Y el objeto del derecho de acción radica en la facultad que tenemos todos para activar a la función jurisdiccional para que nos auxilie jurídicamente. La acción procesal por su parte es de carácter particular, es un derecho subjetivo que ejerce cada uno a fin de que el Estado, a través de sus órganos, le concedan la justicia que le corresponde mediante el reconocimiento, el resarcimiento o la ejecución de sus derechos.”<sup>89</sup>.*

Derecho de Acción	Acción Procesal
Carácter general y Abstracto Es universal a todo habitante del Estado.	Particular y concreta, se materializa en varios actos procesales Es para cada uno de ellos según la necesidad jurídica que tenga

La Acción de Protección se efectiviza mediante la correspondiente garantía jurisdiccional que defiende y busca restablecer los derechos constitucionales

<sup>89</sup> Cueva Carrión, “Acción Constitucional Ordinaria de Protección”. pág. 64



vulnerados, garantizando el debido proceso, para alcanzar la tutela efectiva de derechos constitucionales.

### **Acción Universal**

La Acción de Protección es universal:

*“[...] porque ampara tanto a los derechos actualmente existentes y reconocidos en la Constitución, como a aquellos creados por instrumentos internacionales y aun a aquellos que no hubieren sido creados pero que son “Derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”: esta acción constitucional actúa allí donde existe derechos de las personas que se deben proteger, nada importa que el Estado los hubiere reconocido o no, suficiente es que existan en cualquier instrumento internacional vigente o que sean necesarios para el desenvolvimiento humano y social de los individuos.”<sup>90</sup>.*

Es decir protege los derechos humanos de todos los habitantes del Estado. Si bien el Art 88 de nuestra constitución señala únicamente la vulneración de derechos constitucionales, el Art 427 señala que las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal y que mejor se ajuste a la Constitución en su integridad, teniendo en cuenta el principio pro-humano, sin olvidar los principios generales de la interpretación constitucional. Además el Art 11 numerales 4, 6, 7 de dicho cuerpo legal señala los principios con los cuales se regirán los derechos, en los que prescribe que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, sin olvidar que los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Aplicando

---

<sup>90</sup> Cueva Carrión. Ibídem pág. 68



además los derechos de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

Por tal razón, los derechos a proteger son aquellos necesarios para la Dignidad Humana, que han sido vulnerados, ya sea por acción u omisión de cualquier persona natural o jurídica, autoridad pública o privada, etc., a excepción de los actos por parte de la autoridad judicial, pues aquellas serán tratadas por la acción extraordinaria de protección, sin olvidar los presupuestos dados por la LOGJYCC. La Acción de Protección conocerá todos aquellos derechos humanos, no abarcadas por las otras garantías jurisdiccionales.

### **Acción Informal**

En el Art 43 numeral uno de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de Transición, vigente antes de estar en vigencia la LOGJYCC, al respecto promulga:

El ejercicio de las garantías jurisdiccionales de los derechos no requerirá de formalidad alguna.

Luis Cueva expresa que al ser una acción de carácter sumario, la celeridad la inmediatez y la preferencia como acción constitucional la hace informal, pues todas estas características se interrelacionan y funcionan de forma coordinada, que también se desprende del Art 86 numeral 2 de la Carta Fundamental. Así, manifiesta el autor que formalismo que ingresa, forma de injusticia que se da, pero dicha acción fue creada para combatir aquello. La informalidad es de tal grado que no requiere aun ni el patrocinio de abogado, puede ser verbal o por escrito, además puede ser presentada en cualquier día y hora, predominando la oralidad en todo el proceso. Sin embargo, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pareciera que le quita dicha informalidad, pues en su Art 13 nos explica cómo debe estar plasmada



una demanda de Acción de Protección, el Art 40 habla de sus requisitos, el Art 42 habla de su improcedencia, por tal razón, no es tan informal como señala el autor, pero más adelante se estudiará la visión que le da a esta garantía jurisdiccional la LOGJYCC.

### **Acción inmediata, directa y el trámite debe poseer celeridad**

Para este punto Cueva manifiesta: que esta Acción al no tener el carácter de subsidiario, debe ser propuesta de forma inmediata, tan pronto como ocurra la violación. Se interpone de manera directa, al mismo tiempo que su protección debe ser directa y eficaz, pues si no tiene eficacia la acción carece de valor, y los derechos contemplados en la Constitución no estarían garantizados. En cuanto al trámite, si bien en nuestra Constitución Art 86 a partir del numeral 2 promulga que las garantías jurisdiccionales tendrán un proceso ágil, rápido, oportuno, lamentablemente en la práctica es una utopía. Pues por otro lado, están los filtros constantes en la LOGJYCC que serán analizados a profundidad más adelante.

### **Acción Sumaria y Oral**

Se desarrolla en una atmosfera de sencillez procesal, su procedimiento es breve, sumario, sencillo y rápido, así se pretende proteger los derechos humanos. Además existe una sola audiencia. Predominando la oralidad.

Actúa como acción reparadora de los derechos constitucionales

Es decir, actúa después de la vulneración de derechos, repara o reivindica aquellos derechos violentados o afectados. Es decir es una acción reparadora.



## **Acción Intercultural**

Esto implica que no solo debe aplicar justicia desde la óptica de la cultura occidental, sino además incorporar los valores, principios y formas de conducta de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas. Es decir cualquier persona puede acudir a dicha acción, pero ser tratada desde su contexto, que implica sus costumbres tradiciones o cultura, pues nuestro país es plurinacional. Esto se contempla en el Art 24 del COFJ.

**Art. 24.- Principio de Interculturalidad.-** En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscarán el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

## **Acción que protege los derechos humanos**

Es decir todos aquellos contemplados en nuestra Constitución, en los tratados internacionales, los derechos conexos definidos en la Corte Constitucional y todos aquellos necesarios para la dignidad humana, pues no olvidemos que nuestra Constitución es un Catálogo Abierto de Derechos.

**Los principios que rigen la Acción de Protección, deben ser interpretados y aplicados con criterio amplio.**

Es decir, se toma en cuenta lo prescrito en el Art 11 numeral 4 y 5 que prescribe: ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, y los administradores de





justicia deberán aplicar la norma, interpretando lo más favorable, para su efectiva vigencia. En el Art 426 de mismo cuerpo legal manifiesta: toda persona, autoridad e institución estará bajo la Constitución, y jueces, autoridades administrativas, servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre y cuando sean más favorables a la Constitución. Además los derechos consagrados en la Carta Fundamental e instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. Pero sobre todo, el Art 427 de la Carta Fundamental expresa que las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad, aplicando el principio pro-humano.

Con esto, concluyó que se administrará justicia constitucional, no es cosa sencilla, al igual que conceder o no la Acción de Protección, pues no solo se toma en cuenta las normas y principios constitucionales, sino además aquellos que constan en los Tratados Internacionales, pues dicho cuerpo normativo es un Catálogo Abierto de Derechos, no se puede alegar falta o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de derechos y garantías establecidos en la Constitución. Los jueces no deben olvidar el principio pro-humano, es decir se aplicará el derecho más favorable. A pesar del gran alcance que le da nuestra Carta Fundamental a su aplicabilidad, la LOGJYCC le da a esta garantía jurisdiccional el carácter residual, limitando su alcance.

### **2.3. Antecedentes históricos**

La Acción de Protección tiene como antecedente la acción de amparo, surgiendo de la necesidad de reivindicar los derechos pisoteados por las autoridades, pues si bien todos somos iguales en derechos, no estamos bajo las mismas condiciones, existe autoridades para guiar y personas que estamos guiadas por ellas, pero no siempre se da de la mejor manera,



vulnerando derechos por lo cual, como se dijo anteriormente es el poder de los más débiles o de aquellos que no tienen autoridad.

La Acción de Amparo tiene por antecedentes la Ley Visigoda en Castilla: el fuero Juzgo y en las leyes Castellanas empezando por las Siete Partidas. También los recursos contra los actos del poder utilizados en la baja Nueva España (México) en donde había amparo Colonial. Según Daniel Alberto Sabsay “el amparo” aparece por primera vez en América Latina en la Constitución Mexicana de Yucatán de 1840 y luego con todo su vigor en la de 1917.

En el ámbito internacional tenemos en la Carta Magna Inglesa del 15 de junio de 1215, la cual fue muy importante, pues vemos claramente que el poder del rey podía ser limitado, y da algunos medios para que las personas acudan a las autoridades respectivas y sean escuchados, ya sea que sus quejas sean en contra del rey, sus agentes o los señores feudales<sup>91</sup>. Además “se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes, mientras aquellos no fuesen juzgados por sus iguales”<sup>92</sup>. Se dan pequeñas pautas para respetar los derechos, pero en caso de ser violados se establecen ciertas medidas lo cual ayuda a que se forje el constitucionalismo actual.

Los artículos que resaltan de la Carta Magna de Juan Sin Tierras, son:

**Art. 39.-** Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino.

<sup>91</sup> Apuntes Jurídicos. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2008/11/la-carta-magna-de-juan-sin-tierra.html>.

<sup>92</sup> Valencia Vega, Alipio. “Desarrollo del Constitucionalismo”. pág. 81



**Art. 40.-** No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.

En la Edad Moderna, se dan grandes cambios, pues se dejan atrás las monarquías absolutas y se empieza hablar de la división del poder, pero surgen los primeros decretos civiles y políticos, limitando la burguesía los privilegios de la nobleza, reclamaban la igualdad ante la ley, cuya garantía se encomendaba a los jueces. En la que se destaca Petition of Rights o Petición de Derechos de 7 de junio de 1628, respeta los derechos de los súbditos del Rey Carlos I de Inglaterra, y existen restricciones sobre impuestos no establecidos por el parlamento. Luego con la Revolución Francesa se dio La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789, *“siendo un documento fundamental en virtud del cual se definen los derechos “naturales e imprescriptibles” de la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión reconociendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la justicia y afirmando el principio de la separación de poderes públicos.”*. Pero en Estados Unidos con la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, fue donde se reconoce derechos, a la vida, la libertad, propiedad, el debido proceso, etc. Su Art 1 reza:

**Art. 1.-** Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.<sup>93</sup>

La Carta de Derechos de los Estados Unidos (Bill Of Rights) de 3 de noviembre de 1791, se aprueban diez primeras enmiendas a la Constitución

---

<sup>93</sup> Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776. Trece colonias de EE.UU. Filadelfia. 1776. [http://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia-de-12-de-junio-1776\\_a107.html](http://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia-de-12-de-junio-1776_a107.html).



americana, limita el poder del gobierno federal y garantiza los derechos y libertades de las personas. Por ejemplo la enmienda novena prescribe:

No se interpretará la enumeración de ciertos derechos en la Constitución como negativa o menosprecio de otros que retenga el pueblo.<sup>94</sup>

La Acción de Protección en Ecuador surgió como amparo constitucional en 1967, pero no existieron leyes reglamentarias y por los golpes de estado de los 70 en el siglo XX, no tuvo fuerza ni aplicabilidad. En la Constitución del Ecuador de 1967 Art 28 numeral 15 promulga:

*(...) el Estado le garantiza: El derecho de demandar el amparo jurisdiccional sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes*

Pero en sí, el antecedente más cercano se da con el recurso o acción de amparo, creado por el Tercer Bloque de Reforma a la Constitución de la Republica promulgadas en el Registro Oficial No 863, de 16 de enero de 1996, y en el Art 31 de la Codificación de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No 2 de 13 de febrero de 1997 y expresa:

**Art 31.-** Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la ley designe y requerirá la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

---

<sup>94</sup> La Carta de Derechos Humanos. <http://photos.state.gov/libraries/adana/30145/publications-other-lang/SPANISH.pdf>.



Para este efecto no habrá inhibición del Juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados.

El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencias públicas dentro de veinte y cuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, a la cual se dará inmediato cumplimiento.

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos el juez remitir de inmediato el expediente al superior.<sup>95</sup>

La Constitución de 1998, en el Registro Oficial No 1 de 11 de agosto de 1998, estructuró a la acción de amparo de la siguiente manera.

**Art. 95.-** Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También

---

<sup>95</sup> Cueva, Luis. “Acción Constitucional Ordinaria de Protección”. pág. 101y 102



podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.



No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

Según Juan Montaña, el recurso de amparo tenía carácter preferente, sumario y mixto, pues era cautelar y a la vez reparatorios, se utilizaba para evitar la vulneración de un derecho fundamental como para reparar el daño causado. Tenía como objetivo cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de la vulneración de un derecho fundamental. En cuanto al carácter cautelar, debía intervenir este recurso antes de que los efectos llegaran a existir o materializarse, en cuanto al carácter reparatorio, sostiene el autor: que el juez debía actuar para resarcir o reparar un daño causado o consolidado, siempre y cuando el daño tuviere remedio, si no la vía procesal era la ordinaria. Así, en la práctica este recurso se convirtió en una garantía exclusivamente preventiva y la reparación el daño se redujo a la práctica forense al procedimiento ordinario civil o contencioso-administrativo. En la práctica se convirtió en un proceso contencioso donde la prueba de la inminencia y gravedad del daño hizo que este recurso deje de ser informal, rápido y ágil.<sup>96</sup>

#### **2.4. Naturaleza jurídica de la acción de protección**

Para Juan Montaña autor de la obra *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*; sostiene que la acción de protección de la actual Constitución se basa prácticamente en los siguientes puntos: es reparatoria, logra la reparación integral del daño causado, es jurisdiccional y constitucional. La acción de protección repara integralmente el daño a un derecho, cuando este se da causa efectivamente. Es decir, la acción se puede plantear cuando hay una violación o vulneración de derechos constitucionales. Sólo en estos casos, cuando se da la violación a dichos derechos, los jueces ordinarios administraran justicia constitucional mediante un trámite ágil,

---

96 Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. “*Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*”. págs. 104-105



rápido y oral. Fundamentado en la especial relevancia del bien protegido, además es una defensa garantizada, pues se encomienda el ejercicio de la jurisdicción a quien tiene competencia, o mejor puede dispensarla, tanto por la extensión de sus facultades de control como por las características de su pronunciamiento.<sup>97</sup>

Dentro de la perspectiva española encontramos que la acción de protección tendría como esencia la siguiente: *“protege un conjunto de derechos, formulados como garantías procesales, tendente a hacer posible que todas las personas puedan acudir a la jurisdicción como instancia decisiva para la defensa y satisfacción de sus derechos e intereses legítimos, mediante el cumplimiento de las exigencias de los principios de constitucionalidad y de legalidad y muy especialmente, del respeto a los derechos y libertades fundamentales.”*<sup>98</sup>. Por lo tanto, en base a lo expuesto podemos decir que al ser una acción y a la vez un derecho, nos permite acudir a la justicia, activarla, pero no simplemente activamos mecanismos de reivindicación del derecho violado, sino que procesalmente ya tiene un procedimiento propio garantizado. Es decir, *“la Acción de Protección se convierte en un proceso de conocimiento, declarativo, excepcionalmente cautelar y con efectos ampliamente reparatorios.”*<sup>99</sup>. Vale acotar, el proceso es de conocimiento, declarativo es del daño, no del derecho. Y la Acción de Protección puede ir a la par con las Medidas Cautelares, encargadas de precautelar los derechos constitucionales, cuando existen amenazas serias para afectarlos.

## **2.5. Derechos para que se aplique la Acción de Protección.**

Nuestra constitución promulga que se interpondrá por la violación a derechos constitucionales, como hemos visto anteriormente, el Art 426 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental le da la potestad de ser una Carta Abierta de Derechos, es decir, que también se interpondrá para todos aquellos que

<sup>97</sup> Andrade, Santiago. *“La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones”*. pág. 303

<sup>98</sup> Balaguer, Francisco. *“Manual de Derecho Constitucional”*. Pág. 43

<sup>99</sup> Alarcón, Pablo. *“Acción de Protección: Garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?”*. pág. 18





consagran los instrumentos internacionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y todos aquellos necesarios para la dignidad humana, es decir casi por todo derecho, pero existe la excepción de aquellos que garantizan las otras garantías jurisdiccionales: habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, acción por incumplimiento, y acción extraordinaria de protección.

Además, se podrá interponer por la violación de los derechos humanos contemplados en los principios constitucionales, como el Non bis in ídem, la tutela efectiva, el debido proceso, seguridad jurídica entre otros.

Esto implica que la Acción de Protección tutela una gama indefinida de derechos humanos, por lo cual la LOGJYCC, es la encargada de aclararnos el panorama, para que dicha garantía jurisdiccional pueda o no tutelar determinado derecho, pues en base a nuestra Constitución prácticamente todo derecho fundamental debería de admitirse en un proceso constitucional por Acción de Protección, nuestra Carta Magna no tiene la clasificación tradicional de derechos, en tal virtud, a todos los derechos les da la categoría de derechos humanos, como lo prescribe el Art 11 numeral 6 de dicho cuerpo normativo:

**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

- 6) Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. (el subrayado me corresponde).

En tal virtud, a nuestra Constitución se le atribuye el calificativo de garantista, aunque como veremos más adelante, en la práctica no ocurre tal, cosa gracias a los filtros establecidos por la LOGJYCC, a lo que se llama residualidad.



Por otro lado, la Constitución Colombiana da con exactitud cuales derechos son fundamentales y serán parte de un proceso constitucional. El Art 85 de dicha Carta fundamenta reza:

**Art 85.-** Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.

Si revisamos estos artículos, tratan de derechos fundamentales como: derecho a la vida, derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, derecho a la honra, buen nombre, derecho al libre desarrollo de su personalidad, derecho a la libertad de conciencia, derecho a la libertad de expresión, entre otros, separando o distinguiendo de aquellos derechos sociales, económico culturales, colectivos y del ambiente.

En el Decreto Colombiano No 2591 de 1991, en sus Arts. 2 y 4 promulgan:

**Art 2.- Derechos protegidos por la tutela.-** La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará en la revisión a esta decisión.

**Art 4.- Interpretación de los derechos tutelados.-** Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.



Por lo tanto, sólo se podrá interponer la Acción de tutela únicamente por violación a derechos fundamentales que la Constitución Colombiana nombre.

Algo importante que debemos recordar, es que estos derechos serán protegidos de forma directa y eficaz. El juez debe garantizar y proteger los derechos a toda persona que recurre a él. En cuanto a su eficacia, quiere decir que dicha protección debe materializarse, de forma activa, fervorosa y empleando todo el poder para obrar hasta conseguir el objetivo final, no es más que materializar el integral ejercicio y goce del derecho, la sentencia se cumpla al igual que la respectiva reparación o resarcimiento.

## **2.6. Finalidad de la Acción de Protección**

La Acción tendrá como finalidad el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, en los Tratados e Instrumentos Internacionales, los necesarios para garantizar la dignidad humana, excepto aquellos derechos que estén amparados por las acciones de Habeas Corpus, acceso a la información pública, habeas data, por incumplimiento, y extraordinaria de protección.

Se planteará la Acción de Protección por todo acto u omisión realizada por cualquier persona natural o jurídica, o institución del sector público o privado, que vulnere derechos constitucionales, provocando graves daños. *“Es el amparo o mecanismo directo y eficaz para que cualquier persona o colectividad, mediante procedimiento breve, informal y sencillo, acuda ante los jueces para obtener rápida y de forma oportuna la protección necesaria frente a hechos y actos jurídicos que violen efectivamente sus derechos.”*<sup>100</sup>

Cuando se conste la vulneración de derechos humanos el juez o jueza como lo expresa Claudia Storini, deberá declarar, ordenar la reparación integral,

---

<sup>100</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. “Apuntes de Derecho Procesal Constitucional”. pág. 106



material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, pero sobre todo las circunstancias en que deben cumplirse. Se aplica el principio **restitutio in integris**, se introduce el concepto de reparación para que esta, a diferencia de la indemnización, pueda configurarse también como resarcimiento inmaterial, el proceso no termina con la sentencia, sino cuando se consiga la reparación integral del daño.<sup>101</sup>

Como sabemos, la Acción de Protección, ampara, protege los derechos humanos de las personas, por lo tanto su declaración es de carácter particular, es decir solo para las partes involucradas, la sentencia sólo obligará a las partes intervinientes en el proceso, no tiene un alcance erga omnes. Pero cuando el acto u omisión proviene de autoridad pública no judicial, siendo este de carácter general, en este caso, beneficia a todos, cuantos se refiere el acto o la omisión realizada por aquellas, la sentencia se aplicará a todos los casos semejantes.<sup>102</sup> En sí, al amparar y proteger los derechos humanos busca reparar el daño.

### 2.6.1. Concepto y definición de Daño

El Diccionario de la Real Academia de la lengua Española sostiene que daño es: detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. Es decir, un elemento perjudicial que puede afectar a las personas, comunidades o sus bienes. El daño desde el punto de vista del derecho es producto del dolor, de la culpa o de caso fortuito, pero, depende del grado de malicia, negligencia o causalidad entre autor y efecto. El efecto de la violación al derecho es el daño. El daño doloso, obliga al resarcimiento, tiene como consecuencia una sanción penal. El daño culposo, lleva consigo una indemnización, y el fortuito exime de responsabilidad a quien lo causa en casi todos los casos.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Andrade, Santiago. “*La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*”. pág. 305

<sup>102</sup> Cueva, Luis. “*Acción Constitucional Ordinaria de Protección*”. págs. 139 y 140

<sup>103</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. *Ibídem*. pág. 64.



Para Francisco Zúñiga Urbina, dice que el daño está directamente relacionado con la responsabilidad, para lo cual sostiene:

*“[...] existe responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. En términos genéricos, entonces, la responsabilidad requiere de la concurrencia de cuatro elementos o condiciones: el daño, la culpa o dolo, una relación de causalidad entre el dolo o culpa y el daño, y la capacidad delictual. Toca al autor del daño o perjuicio indemnizar o resarcir el perjuicio específico.”<sup>104</sup>*

El Art 63 numeral 1 del Pacto de San José reza:

- 1) Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.<sup>105</sup>

Como vemos al ser vulnerado un derecho, este será reparado, recordando que puede ser de forma material o inmaterialmente o ambas. Así, se cumple que toda acción tiene su reacción, siendo esta negativa, operando de inmediato la reparación del mismo, pues esto será justo y necesario, para la paz y armonía, no sólo de la persona individualmente, sino de la comunidad, pues recordemos que no estamos solos en este mundo, cada uno forma parte del todo y si uno está mal, de una u otra manera afectará a ese todo llamado comunidad.

De la doctrina mayoritaria civilista y penalista, el delito o falta nace una obligación de reparar el daño causado por dicho delito o falta. Pero dentro

---

<sup>104</sup> Zúñiga, Urbina. “La acción de indemnizar por error judicial. Reforma constitucional y regulación infraconstitucional”. pág. 193.

<sup>105</sup> Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)



del área constitucional sería todo acto, acción u omisión que afecte derechos humanos, configurándose como falta, o en palabras de Mara Polo:

*“[...] todo perjuicio o menoscabo que se infringe a un individuo o colectividad, en sus bienes, en su libertad, en su personalidad en su integridad, y que lleva consigo la obligación ineludible de reparación”<sup>106</sup>*

*“El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano”<sup>107</sup>*. Así, toda norma o institución jurídica tendrá su razón de ser o finalidad correspondiente. El derecho al ser un producto social tiene como fin la utilidad social, resolviendo cualquier conflicto intersubjetivo de intereses, mira actuar con cierto orden de vida social. Como lo plantearon los juristas romanos *hominum causa omeneius constitutum est*, (todo el derecho se ha creado por razón de los hombres). Así, el derecho tutela un interés humano de dos maneras: atribuyéndole la prevalencia frente a un interés opuesto, o bien subordinándolo a un interés opuesto pero estableciendo al mismo tiempo consecuencias dirigidas a compensar su sacrificio. En esta segunda forma, la tutela se logra escalonadamente y de una manera refleja. Así, Adriano de Cupis dice: el daño es el perjuicio que tiene por objeto un interés humano por causa de un hecho del hombre.<sup>108</sup>, a lo cual yo diría una persona tanto natural como jurídica.

Al hablar de daño no se puede dejar la culpa atrás, en tal virtud el autor señala que la culpa es un estado anímico disforme que busca evitar los efectos perniciosos (daños) , pero en si dice: *“se puede afirmar que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se impreso a la propia energía volitiva aquella*

<sup>106</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. “*Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*.”. pág. 65

<sup>107</sup> Cupis, Adriano. “*El Daño*”. pág. 107.

<sup>108</sup> Cupis, Adriano. *Ibidem*. pág. 108 y 109



*orientación que, con una finalidad de evitarlo habría sido necesaria.*<sup>109</sup>. **Pero en materia constitucional lo único que interesa es el daño**, si este se configuró, se materializó es suficiente, para que se interponga la Acción de Protección.

Según Abarca Galeas existen dos clases de daño: a) daño que lesiona derechos patrimoniales y b) daños que lesionan derechos extrapatrimoniales, correspondiendo al primero a los derechos individuales, de contenido económico que reportan utilidad directa o indirectamente, son transferibles, transmisibles, prescriptibles y renunciabiles. Los segundos, carecen de contenido económico, son los derechos personalísimos. En tal virtud, existe un daño material, que se toma en cuenta daños y perjuicios comprendiendo la pérdida sufrida o daño emergente y la ganancia que dejó de obtener el acreedor o lucro cesante. Un daño moral o subjetivo o de afección, es casi de imposible cuantificación y en la doctrina se conoce como *pretium doloris* o el precio por el dolor *“El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria.”*<sup>110</sup>. Además, este bien jurídico también está protegido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Art 5 que habla sobre el Derecho a la integridad personal y su Art 11 al hablar sobre la protección a la honra y la dignidad. Por otro lado tenemos, el daño moral objetivo es el perjuicio material derivado del daño a un bien extrapatrimonial.

En cuanto al daño antijurídico la Corte Constitucional Colombiana expresa:

[...] Define el daño antijurídico como *“el detrimento o menoscabo causado a una persona, ocasionando una destrucción o desventaja de sus beneficios patrimoniales o extra patrimoniales sin que sea de*

---

<sup>109</sup> Cupis, Adriano. *Ibidem*. Pag.187

<sup>110</sup> Medina Graciela. Jurisprudencia sobre el Daño Moral Pcia. De Buenos Aires. <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/resena-jurisprudencial/dano-moral.pdf>.



*aquellos que el particular esté en la obligación de soportar, además de ostentar las características de concreto, cierto y determinable”<sup>111</sup>*

Define al daño, como daño antijurídico en virtud que procede de una conducta contraria a derecho. En tal virtud, daño sería todo aquello que no cumple con lo prescrito en el derecho, sus normas, reglas, valores o principios constitucionales.

### **2.6.2. La Reparación**

En el Neocosntitucionalismo, el derecho de reparación se rige por principios, con un sustento ético y moral. Según Prieto Sanchis hay una vinculación necesaria entre derecho y moral, siendo los jueces los protagonistas fundamentales, pues interpretan la Constitución para acercarse a la justicia, actualmente el juez debe basar sus decisiones en principios, no tan solo en reglas. En el Neoconstitucionalismo se da la facultad al juez de ponderar lo que es más justo.<sup>112</sup> Además, en las decisiones judiciales deben tenerse en cuenta los principios, valores y normas constitucionales.

La Constitución es la norma suprema, y orgánica es decir, a todo individuo que se le violento su derechos constitucionales puede exigir la reparación inmediata. Nuestro país, con la actual Carta Magna se desenvuelve dentro de un modelo garantista, buscando alcanzar el derecho de reparación. Carlos López Cárdenas dice: *“Uno de los mayores avances del derecho internacional de los derechos humanos ha sido erigir al ser humano como una persona capaz de reivindicar sus derechos conculcados frente a instancias judiciales de carácter nacional o internacional”<sup>113</sup>.*

---

<sup>111</sup> Corte Constitucional Colombiana. Juez Ponente: Maria Victoria Calle. Acción de tutela instaurada por el Banco de la República contra la Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Bogota. 2013. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU353-13.htm>

<sup>112</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. Ibídem pag67.

<sup>113</sup> López Cárdenas, Carlos. “Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos”. págs. 301-334.





Nuestra LOGJYCC, al promulgar en su Art 18: *“la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.”*, una vez que se ha verificado la materialización de una violación a bien jurídico tutelado, derecho subjetivo o interés legítimo, implicará que debe corregirse el daño catalogado como antijurídico. Esta acción u omisión genera responsabilidad u obligación de repararla, mediante el resarcimiento u otra modalidad.<sup>114</sup>

Jorge Zabala en su obra *“Comentarios a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control jurisdiccional y control constitucional”*, al tratar sobre la reparación expresa: que a través de ella también se da la compensación económica, ya sea por el daño material o inmaterial, y que no únicamente deben seguir los parámetros dados por nuestras leyes, sino también se toma en cuenta lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para fijar los montos por la compensación económica. Pero ya no es competencia del juez resolver aquello, al respecto el Art 19 LOGJYCC, establece que cuando la reparación implique pago en dinero al afectado del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario, ante la misma jueza o juez si es contra particular, y si es contra el Estado será en un juicio contencioso administrativo.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos promulga en una de sus sentencias:

*“Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como “inmaterial”. Las reparaciones no pueden implicar ni*

---

114 Zabala, Jorge. *“Comentarios a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control jurisdiccional y control constitucional.”*. págs. 191, 192



*enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores*<sup>115</sup>

Al respecto Carlos López nos dice:

*“En primer lugar, la reparación es jurídica, porque permite que la sociedad, mediante una serie de procedimientos (leyes y procesos jurídicos) pueda radicar la culpa legalmente en un sujeto o entidad, para que la culpa no circule inconscientemente en todos sus miembros y pueda lograrse un proceso de reconstrucción histórica, reconciliación y justicia. En segundo lugar, la reparación es simbólica, porque a pesar de que jamás podrá cubrir los perjuicios sufridos por la víctima, los cuales son de carácter irreparable, produce algo nuevo que representa un concepto de justicia, indispensable para la convivencia social.”<sup>116</sup>*

Como vemos, todo acto tiene su consecuencia, en tal virtud se genera la obligación de responder por ella. Manifiesta el autor: la reparación es simbólica que representa justicia, pues una pérdida sufrida puede no ser valorada económicamente, pero se sienta como precedentes para que la sociedad tome conciencia, y ante la vulneración de derechos, estos siempre deberán ser reparados.

### **2.6.3. Formas de Reparación**

La reparación puede ser: a) stricto sensu y b) satisfacción, según Jorge Zabala expresa: la primera puede ser una restitución en especies o restitutio in integrum o una indemnización de daños y perjuicios, cuando esta no sea posible o cuando resulte insuficiente para reparar el daño de un modo

---

<sup>115</sup> Polo María. “*Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*”. Cita Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, sentencia de fondo y de reparación, 1 de julio de 2006. Caso comunidad indígena Yayke Axa contra Paraguay, sentencia., 17 de junio de 2005, párrafo 182.

<sup>116</sup> López Cárdenas, Carlos. “Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos: Revista Estudios Socio-Jurídicos, 11.2 (2009): 301-334



adecuado. La satisfacción, es en miras al daño moral o inmaterial. A lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa en los casos en que se verificó el daño se lo reconoció, sin embargo no puede ser restituido ni compensado en su totalidad, según los principios y directrices básicos de la satisfacción dados por la ONU son:

- a)** Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones
- b)** Verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad
- c)** Búsqueda de las personas desaparecidas
- d)** Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella.
- e)** Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de las responsabilidades
- f)** La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones.
- g)** Conmemoraciones y homenajes a las víctimas
- h)** La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas.<sup>117</sup>

La restitución es restablecer hasta donde sea posible la situación que existía antes de la vulneración del derecho fundamental, teniendo en cuenta la relación causa efecto entre la vulneración y el daño ocasionado. Además, en

---

<sup>117</sup> Polo María. “*Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*”. Cita. Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General del 16 de diciembre 2005. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”



base a lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es restablecer el derecho lesionado, para que la víctima pueda ejercerlo completamente o seguir ejerciéndolo, si fue interrumpido.

La indemnización en cambio busca la reparación cambiando o sustituyendo un bien útil por otro y en este caso sería el dinero, que al fin de cuentas sería la compensación monetaria.

En cuanto a las reparaciones no económicas, el juez se pronuncia en sentencia y establece todas las obligaciones de hacer y no hacer que debe cumplir el sujeto de la condena, se señala tiempo, modo y lugar en que deben ser realizadas.

Además la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos habla de Rehabilitación, tiene que ver más con el psiquis de la persona, su estado de ánimo, su estado físico, en tal virtud las medidas a utilizar serían atenciones médicas y psicológicas hasta servicios médicos de orden social, para que se readapten a su vida normal.

En cada caso en concreto el juez constitucional es el encargado de valorar para dar su reparación integral, garantizando el ejercicio y goce de derechos.

#### **2.6.4. Reparación en la Acción de Protección**

Como sabemos, con la reparación se busca restituir derechos, o bienes jurídicos tutelados para mejorar la situación de las víctimas y promover medios que eviten su repetición. Pero, para que opere primero como hemos visto el daño debe recaer o vulnerar derechos humanos, pero nuestra ley es residual lo cual lo analizaré más adelante, pero a más de establecer con claridad el daño, la prueba juega un papel preponderante para demostrar que realmente ocurrió. El juez deberá analizar, a más de dar las respectivas medidas, según sea el caso o resarcir el derecho logrando su reparación



integral. Por ende, al tratarse de derechos humanos las medidas a tomar en la mayoría de casos serán extra patrimoniales, pero también pueden ser económicas como hemos visto anteriormente, todo dependerá del caso en concreto y las pretensiones del accionante.

El juez constitucional tiene una gran misión, al ser el encargado de tomar las mejores medidas para reivindicar el derecho vulnerado. El juez al momento de diseñar las medidas de reparación integral del daño causado toma en cuenta: la interrelación e interdependencia de las medidas, la participación y opinión de las víctimas, la creatividad del juzgador para analizar el daño y reparación en derecho.

El juez a través de su sentencia debe manejar estos cuatro parámetros básicos en relación al Art 86 numeral 3 de la Constitución, como lo sostiene María Polo Cabezas:

1. Reparación material e inmaterial: debe identificar las dimensiones materiales e inmateriales de la violación del derecho de que se trate. Y considerar las particularidades de la violación al derecho.
2. Especificación e individualización de las obligaciones positivas y negativas: el juez debe señalar las obligaciones positivas y negativas especificándolas e individualizándolas con el mayor detenimiento posible.
3. El destinatario de la decisión judicial: debe señalar con exactitud quien es el encargado de responder por la restitución.
4. Las circunstancias en que deben cumplirse: se refiere a quien, como, donde, va a realizar la reparación y quien es el beneficiario.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> Montaña Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. *Ibídem*. Págs. 75-76



Recordando que la reparación dependerá de lo que solicite la víctima o mejor dicho el accionante, en virtud que para algunas personas lo más importante son las circunstancias extrapatrimoniales que las patrimoniales, y así, alcanzar una reparación integral.

Al respecto la LOGJYCC expresa al respecto:

**Art 18.- Reparación integral.-** En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenara la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

En este caso, una vez que se ha dado la vulneración del derecho se busca que la persona vuelva a ejercerlo, gozar o disfrutar del derecho humano, de la mejor manera y a restituir las cosas al estado anterior siempre y cuando esa no suponga una situación cualquiera de violación o amenaza de violación de derechos. Además, este inciso da una amplia creatividad al juez para que tome las mejores medidas, para alcanzar la reparación integral, no le pone límites.

En cuanto al inciso 2 de la misma disposición abarca tanto el daño material como inmaterial, el primero contempla el detrimento en el ingreso más los gastos y las consecuencias que se deriven de los hechos del caso. El segundo incluye la compensación en dinero o bienes por los sufrimientos, las alteraciones en las condiciones de vida de los afectados o sus familias.



Además, para la reparación se debe considerar: tipo de violación, circunstancias del caso, consecuencia de los hechos y afectación al proyecto de vida.

La Corte Constitucional Colombiana al respecto de cómo se puede establecer una indemnización, a partir de la cual podemos conocer algunos parámetros, expresa:

*“[...] (1) certeza sobre la resarcibilidad del daño (frecuentes son las dudas sobre este extremo y necesaria la adecuada ponderación entre el interés de la víctima a obtener una reparación y el interés del agente a desarrollar una actividad sin que se le adscriba el riesgo económico eventual inherente a la misma cuando resultan afectados terceros); (2) análisis de todas las circunstancias de hecho a fin de definir si el daño ha sido causado o podrá ser causado - aunque esto parece impropio, la ley lo insinúa -, por dolo o culpa, pues, sin alguno de ellos, en principio el daño no es resarcible; (3) precisión sobre la capacidad de actuar y de decidir del agente del daño con miras a articular la eventual imputación del hecho ilícito; (4) esclarecimiento del nexo de causalidad entre el daño y la conducta del sujeto respecto de quien se predica - o predicaría - la acción indemnizatoria, lo que apareja adicionalmente dilucidar el complejo problema de la división de responsabilidad en el evento de concurrencia de culpas así como de las causales o motivos de exoneración que disuelven el anotado nexo (5) discurrir acerca de las posibles causas de justificación que de presentarse excluyen la responsabilidad del agente; (6) puntualizar el régimen especial de responsabilidad que se aplica a quienes ejercen ciertas actividades y que implican una específica distribución de riesgos y de la carga de la prueba; (7) especificar la naturaleza del daño patrimonial o extra patrimonial causado - en este caso también por causarse - y el tipo,*



*alcance y medida de su indemnización; (8) fijar si la responsabilidad es directa o indirecta.*

*La Corte es consciente de que los elementos de hecho y de derecho que deben tomarse en consideración para definir la procedencia, alcance y naturaleza de una indemnización, no se agotan en los enumerados y que en los diferentes campos del derecho - civil, penal, administrativo, etc. - adquieren modalidades y matices diferentes.[...]”<sup>119</sup>*

## **2.7. Casos en los que se puede plantear la Acción de Protección**

Se interpondrá esta acción cuando hay vulneración de los derechos constitucionales, en base a lo prescrito en el Art 41 de la LOGJYCC:

**Art 41.- Procedencia y Legitimación pasiva.-** La acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.
3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.

---

<sup>119</sup> Corte Constitucional Colombiana; SENTENCIA C-531 DE1993; Demanda de inconstitucionalidad contra el Inciso 2, Numeral 1, Artículo 6 del Decreto-Ley 2591 de 1991; Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10942>





4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguiente circunstancias:
  - a) Presten servicios públicos impropios o de interés publico
  - b) Presten servicios públicos por delegación o concesión.
  - c) Provoque daño grave
  - d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

**Forma positiva de vulnerar los derechos por acto de autoridad pública no judicial.**

Toda autoridad pública para satisfacer las necesidades humanas, materiales e inmateriales de los gobernados ejecuta o realiza una serie de actos que inciden de forma directa o indirecta en la vida de los sujetos, sus intereses derechos y libertades. Además, toman decisiones para la maquinaria burocrática funcione en forma ordenada y eficiente. La primera categoría de actos está dirigida a todos los gobernados, son actos generales, necesarios para cumplir con los fines de la administración. Los segundos, están dirigidos a sus subordinados y dependientes directos, y estos específicos pues son para sus empleados y funcionarios.<sup>120</sup>

Los actos de la autoridad pública no judicial, sólo pueden hacer expresamente lo que la ley les faculta, es decir, su actuación está limitada

---

<sup>120</sup> Cueva, Luis. “Acción Constitucional Ordinaria de Protección”. pág., 147, 148



por los parámetros de la constitución como de la ley. Es decir, son actos jurídicos, que se constituyen como hechos voluntarios que crean, modifican o extinguen obligaciones, relaciones jurídicas, conforme a derecho. Pero aquellos actos que no siguen aquellos parámetros, preceptos, estatutos, principios, son actos no jurídicos, ya sea aquellos dentro de la categoría de actos generales o de los específicos, cabe la Acción de Protección.<sup>121</sup>

La Corte Constitucional Colombiana en cuanto al tema se pronuncia y dice:

*“La acción de tutela es un medio de protección de derechos fundamentales cuando “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (art. 86, C.P.)”*<sup>122</sup>

### **Forma negativa de vulnerar los derechos por autoridad pública no judicial**

Luis Cueva nos dice al respecto, que se da por la insuficiencia en la actuación de la autoridad pública no judicial, puede ser por: mala fe, intención de causar daño o por desconocimiento de la forma como se debe realizar el acto. Es decir por omitir o hacer algo, absteniéndose de hacer o declarar algo o no ejecutar una orden o disposición. *“La autoridad viola los derechos si, debiendo reconocerlos, omite hacerlo; si no declara, en forma íntegra, todo lo que atañe al asunto que resuelve o si no cumple una disposición que debe ser cumplida, o, la cumple, pero en forma parcial. En fin: cuando la autoridad no expida un acto o no ejecute un hecho. A esto la doctrina le ha dado el nombre: teoría del acto reclamado.”*<sup>123</sup>. Y así, derecho que no se lo reconoce o protege en su totalidad de forma oportuna, debida, y con todas las connotaciones del caso, no es derecho, o simplemente no tendría sentido de ser.

---

<sup>121</sup> Ibídem. pág. 148

<sup>122</sup> Corte Constitucional Colombiana; Juez Ponente: Maria Victoria Calle; Acción de tutela instaurada por el Banco de la República contra la Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.; Bogotá; 2013. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU353-13.htm>

<sup>123</sup> Ibídem, pág. 149



## **Acción de protección en contra de políticas públicas**

Se interpone la Acción de Protección en contra de políticas públicas en los siguientes casos:

- Cuando supongan la privación del goce de los derechos reconocidos por la Constitución.

Las políticas públicas pueden actuar de dos maneras en la práctica: a) violando los derechos por la Carta Fundamental y b) amenazando violar. Recordando que el Art 85 al hablar de las políticas públicas utiliza modo verbal subjuntivo, “suponer” que significa duda o posibilidad. Por lo cual es algo que puede darse o no, en el primer caso no hay duda de plantear la acción de protección. Pero en el segundo caso la mejor opción son las medidas cautelares, que vendría a ser una acción con efecto preventivo, pues se interpondría antes de la violación.

Luis Cueva, nos dice que en la propia Constitución Art 85 numeral 2, provee dos vías generales y extraprocesales para evitar que las políticas públicas vulneren o amenacen derechos, y son: 1.- reformular las políticas, 2.- adoptar medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. Por tal razón, no se puede despojar, prohibir el goce de los derechos, porque caso contrario cabe la Acción de Protección.

- Por privación del ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución.

Como sabemos el ejercicio de derechos tiene que ver con materializarlos, hacerlos efectivos, y es el goce normal, pacífico de los



mismos, por lo tanto ninguna política de estado puede evitar tal ejercicio.

**Acción de Protección por violación proveniente de una persona particular que produzca daño grave.**

Las personas naturales como jurídicas que no pertenezcan a la administración o función pública, pueden infringir los derechos humanos de otras personas, siempre y cuando causen un daño considerable, grande, cuantioso.

**Acción de Protección por violación proveniente de una persona particular que actué por delegación o por concesión, presta servicios públicos impropios.**

Los servicio públicos impropios son aquellos que no tendrían la característica de permanente, universal, accesible a todos y continuo, brindado por particulares, pero cuando ellos no cumple con lo encomendado, vulnerando los derechos humanos, podrá caber la Acción de Protección.

**2.8. Regularización de la Acción de Protección en España, Costa Rica y República Dominicana.**

Regulación de la Acción de Protección en:

**España**

Néstor Pedro Sagüés expresa que es: *“un especial proceso para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos constitucionalmente cuando los mismos sean objeto de agravio por parte de*



*la actuación de los poderes públicos y entre ellos el judicial, toda vez que haya sido agotada la vía jurisdiccional ordinaria.”<sup>124</sup>*

El Tribunal Español en su sentencia 1/1981 de 26 de enero manifestó lo siguiente:

*“La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades cuando las vías ordinarias han resultado insatisfactorias”*

Es un recurso autónomo e independiente y a la vez extraordinario y excepcional. Es extraordinario por el carácter subsidiario del proceso de amparo, implica que únicamente es admisible cuando no existen otras vías procesales de tutela de las libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 al 29 o cuando no se agote sin la debida protección<sup>125</sup>, también por violación al derecho a la objeción de conciencia. Entre estos derecho tenemos: la vida, la integridad física, libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho a la libertad y seguridad, derecho al honor, entre otros.

En base al Art 41 numeral 2 de la LOTC, se desprende que el recurso de amparo constitucional se interpone cuando existen violaciones de los derechos y libertades, originados por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Se da también la posibilidad que la lesión la haya producido el órgano jurisdiccional que actúa en la última instancia, caso contrario no se interpone el recurso. La subsidiaridad extraña la necesidad de agotamiento de todos los recursos disponibles por parte del ordenamiento jurídico, para dar la posibilidad a la jurisdicción ordinaria de que realice la respectiva reparación.

---

<sup>124</sup> Sagüés Netor. “Garantías y Procesos Constitucionales”. págs. 94 y 95

<sup>125</sup> Balaguer, Francisco. “Manual de Derecho Constitucional.” pág. 284



Balaguer en base a la LOTC, establece que se puede recurrir al recurso en los tres casos siguientes:

1. Las violaciones de los derechos y libertades, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes.

El recurso es de naturaleza subsidiario, pues se debe agotar las instancias judiciales antes de recurrir al TC en amparo.

2. Contra las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de la Corte o de cualquiera de sus órganos, o de la Asamblea legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En este caso el recurso puede tener tanto naturaleza directa como subsidiaria. Es subsidiario cuando las lesiones sean imputables a la Administración parlamentaria como tal a través de los actos relativos a la Administración personal del Parlamento. En los demás casos será directo y se lo hará en base al Art 42 de la LOTC.

3. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieron su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial.

## **Costa Rica**

En la legislación costarricense, el amparo es un instrumento específico para tutelar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, salvo los que son objeto del habeas corpus.



Procede en contra de las actuaciones y omisiones de las autoridades administrativas, sin necesidad de agotar previamente las vías judiciales respectivas.<sup>126</sup>

La Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, en su Art 29 prescribe que el recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales salvo los que protege el habeas corpus, procede contra toda disposición, acuerdo o resolución, acción u omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquier de aquellos derechos. También procederá contra actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

En el Art 30 de la LJC, nos dice que este recurso no procederá en los siguientes casos:

- a)** Contra las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquellas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado.
- b)** Contra resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del poder judicial
- c)** Contra actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre y cuando se sujete a lo encomendado por las autoridades judiciales respectivas.
- d)** Cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.

---

<sup>126</sup> Bazán, Víctor. “*Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*.” pág. 908



- e) Contra los actos o disposiciones del Tribunal de Elecciones en materia electoral.

Bazán manifiesta que los ciudadanos emplean en gran manera este recurso, las estadísticas muestran que 17.000 casos que anualmente recibe y tramita la Sala Constitucional, 92% son amparos, es decir que aproximadamente 15.600 amparos son tramitados y resuelto por la sala. Esta situación afecta al funcionamiento de la jurisdicción constitucional, olvidando la calidad de la jurisprudencia. Además el trámite se demora provocando que el daño causado se vuelva irreversible. Provocando que las sentencias, sean más indemnizatorias y no se alcance la restauración del derecho violado.

El 50% de los amparos son rechazados, por ser asuntos de mera legalidad, con el problema que la Sala carece de criterios técnico-jurídicos, para realizar la distinción entre vicios de inconstitucionalidad propiamente dichos y meros vicios de ilegalidad. En la práctica aquello provoca la denegación de justicia y que los ciudadanos acudan a la vía ordinaria para alcanzar la tutela a sus derechos fundamentales.

Dentro del ordenamiento jurídico costarricense, el ciudadano puede plantear el recurso contra cualquier actuación u omisión administrativa, sin necesidad de agotar los recursos administrativos internos, no existe filtros administrativos que permitan a la Administración impugnada conocer y resolver primero e evitar el avance del recurso en la vía constitucional.<sup>127</sup>

Víctor Bazán en su obra “Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo”, expresa que una de las características del recurso de amparo, dicho recurso no suspende los efectos de las leyes u otras disposiciones normativas cuestionadas, pero sí, la aplicación de estas al recurrente, así como los actos del recurrente.

---

<sup>127</sup> Bazán, Víctor. *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. pág.; 908-909





*[...] en casos de excepcional gravedad, la Sala puede disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, a solicitud de la Administración de que dependa el funcionario u órgano demandado, o aun de oficio, cuando la suspensión cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado, mediante medidas cautelares que considere procedentes para proteger los derechos y libertades de este último y no hacer ilusorio el efecto de una eventual resolución del recurso en su favor.<sup>128</sup>*

La jurisprudencia de la Sala establece que la administración recurrida es la que debe demostrar “las condiciones de excepción para que se pueda dispensar la suspensión del acto impugnado”. Por vía del recurso de amparo los ciudadanos pueden impugnar tres actuaciones u omisiones de la Administración Pública:

- a)** Actos positivos que limitan o eliminan derechos subjetivos del recurrente, pero sin que ningún otro particular derive derechos subjetivos de ello.
- b)** Actos positivos que limitan o eliminan derechos subjetivos del recurrente, pero de los cuales otros particulares derivan derechos subjetivos.
- c)** Las omisiones.

En el primer caso procede la suspensión de los efectos de los actos recurridos, si no hay la suspensión, se produce un daño irreparable al recurrente, con lo que una eventual sentencia estimatoria a favor suyo solo tendría efectos resarcitorios, pero restablece el derecho fundamental amenazado de violación.

---

<sup>128</sup> Bazán, Víctor. *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. pág.; 909



En el segundo caso Bazán sostiene cuando del acto recurrido otros ciudadanos derivan derechos subjetivos, no procede la suspensión de los efectos del acto recurrido. Y en cuanto a las omisiones dice que no se aplica el Art. 41 LJC, pues en estos casos se requiere de una sentencia estimatoria y no una resolución interlocutoria.

Además en base al Art 57 de LJC de Costa Rica, el recurso de amparo se concederá contra acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficiente o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales.

Cabe resaltar que en estos dos casos el recurso de amparo buscará la tutela efectiva de los derechos fundamentales constantes en la Constitución, y tratados internacionales reconocidos por Costa Rica, pero al ser amplia esta gama en la práctica se da una serie de problemas y este recurso no cumple con su misión.

### **República Dominicana**

En la Constitución de este país su Art 72 y Ley No 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, regulan la Acción de Protección, en la cual toda persona por sí o por quien actúe en su nombre podrá acudir ante los tribunales para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el habeas corpus, y el Habeas Data, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. Además, de forma actual o inminente y con



arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesiones, restrinja o amenace los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Es un procedimiento sumario, publico, gratuito y no sujeto a formalidades.

En la Ley No 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, se establece las siguientes restricciones para no admitir este recurso:

- a)** Cuando exista otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección de derechos fundamentales invocado.
- b)** Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los 70 días que sigan a la fecha en que el agravio ha tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental.
- c)** Cuando la petición de amparo resulte notoriamente improcedente.

Algo interesante dentro de esta ley está en su Art 75, al prescribir que la acción de amparo en contra de los actos u omisiones de la administración pública, en los casos que sea admisible, será de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativo.

En la Constitución de Republica Dominicana, en su Art 72 manifiesta que toda persona tienes derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el Habeas Corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley su procedimiento es preferente, sumario, oral, publico, gratuito e informal.



Los derechos fundamentales van del Art 37 al 67 de la Carta Fundamental con la respectiva clasificación, en Derechos Civiles y Políticos (Derecho a la Vida, a la Dignidad Humana, entre otros) Derechos Económicos y Sociales (Derecho a la Libertad de empresa, derechos de propiedad) Derechos Culturales y Deportivos (Derecho a la Cultura, deporte) y Derechos Colectivos y Difusos.



## CAPÍTULO III

### 3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Este capítulo tiene la finalidad de dar a conocer con mayor claridad cuál es el lugar de la Constitución vigente dentro del ordenamiento jurídico y cuál sería el rol de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional frente a la Carta Fundamental. Para aquello es necesario recordar algunos de los principios básicos que hacen de la Constitución la norma de normas. Y a la Jurisdicción Constitucional es necesario recordarla para tener claro cuál es la misión de la justicia constitucional.

#### 3.1. Principios Constitucionales

##### 3.1.1. Supremacía Constitucional

El Principio de Supremacía Constitucional, está garantizado en el inciso primero del Art 424 de nuestra Carta Fundamental.

**Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Mario Verdugo nos dice: la Supremacía Constitucional es la ley fundamental, base en la cual descansa todo el ordenamiento jurídico, es decir, la premisa mayor de la cual se derivan las conclusiones legales.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Verdugo Marinkovic, Mario. "Notas sobre el Principio de la Supremacía Constitucional y los Derechos Supremos de ejecución". Pág. 45



Como sabemos un ordenamiento jurídico para que se tal, debe ser: unitario, coherente y completo, dentro de su unidad el ordenamiento se remite a una norma fundamental que da unidad a todas las demás. *“por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento complejo, este ordenamiento constituye una unidad por el hecho de que, directa o indirectamente, todas las fuentes del derecho pueden ser referidas a una norma única.”*<sup>130</sup>.

Alberto del Castillo del Valle sobre el tema, señala: la Supremacía Constitucional es:

*“El principio de supremacía constitucional hace de la constitución la norma jurídica de mayor jerarquía, que es la base del orden de Derecho y del que derivan todos los actos de autoridad, incluyendo las leyes, sin que autoridad alguna tenga la potestad de obrar contrariamente al mandato constitucional, pues sus actos serían entonces susceptibles de ser anulados por esa violación al orden jurídico supremo”*<sup>131</sup>.

Walter Rudolph expresa: *“La Constitución es la ley más alta de un Estado y de su pueblo. El que cree tener que proteger el Estado pasando por encima de la Constitución y sus garantías, no protege el Estado, sino que contribuye a que el Estado quede cuestionado. Hace daño a la Constitución, hace daño al Estado y hace daño a su pueblo”*.<sup>132</sup>

Como vemos la Constitución es la norma suprema, es la fuente de validez de todas las normas que rigen la vida de un Estado en todos sus aspectos, es la norma normarum, norma reguladora de la producción de las restantes normas, dentro de la concepción unitaria y piramidal del ordenamiento jurídico, como estructura jerárquica, la cúspide es la Constitución. En la

---

<sup>130</sup> Javier, Pérez. “Curso de Derecho Constitucional.” pág. 39

<sup>131</sup> Alberto del Castillo. “Defensa Jurídica de la Constitución en México, (Derecho procesal constitucional Mexicano)” pag.21

<sup>132</sup> Rudolph, Walter. “Condiciones necesarias para la realización y protección de la Constitución” pág. 207



cadena de validez formada sobre la base de normas que permite la creación de otras normas, se da una ordenación jerárquica, es así que la norma superior a otra, cuando estas dos están en conflicto, será válida la primera.<sup>133</sup>

Mario Verdugo en su obra: “Notas sobre el Principio de la Supremacía Constitucional y los Derechos Supremos de ejecución”, nos dice que el principio de Supremacía Constitucional tiene las siguientes consecuencias:

1. Las disposiciones contenidas en la Constitución se modifican por procedimientos de reforma que la ley fundamental señala (predominio de las constituciones rígidas).
2. Las leyes ordinarias deben respetar la Constitución, no solo en su letra, sino también en su espíritu, es decir, en sus principios.

La supremacía formal o material de la Constitución, permiten que una vez que se sobrepasa el legislador, entran a operar los mecanismos de tutela del orden constitucional (en el Derecho Comparado existen sistema de control político, jurisdiccionales y mixtos) a fin de invalidar la expresión legislativa violatoria del orden fundamental. *“El acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley y si el tribunal no rehúsa aplicarlo, es destruido el fundamento de todas las constituciones escritas”*, expresa uno de los considerandos fallos redactados por el Juez Marshall en el célebre caso “Marbury vs. Madison” que incluso en nuestros días se dicta como un ejemplo de la aplicación del principio que nos ocupa. Al respecto en el caso William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, fallo del juez John Marshall, del 24 de febrero de 1803, quedó sentado las bases fundamentales para el principio de supremacía constitucional: a) la Constitución es una ley superior; b) por consiguiente, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; c) es siempre deber del tribunal

---

<sup>133</sup> Verdugo Marinkovic, Mario. “Notas sobre el Principio de la Supremacía Constitucional y los Derechos Supremos de ejecución”.



decidir entre dos leyes en conflicto; d) si un acto legislativo está en conflicto con la ley superior, es deber del tribunal rehusarse a aplicar el acto legislativo; e) si el tribunal no rehúsa aplicar dicha legislación, es destruido el fundamento de todas las constituciones escritas.<sup>134</sup>

En cambio el Dr. Jaime Vintimilla, manifiestan las siguientes realidades en su entrevista realizada por Diario la Hora, el 6 de enero de 2012.

1. Todas las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, pues de no hacerlo, carecerán de eficacia jurídica.
2. La aplicación directa de las normas constitucionales, así como de los tratados internacionales sobre derechos humanos.
3. Se establece claramente una prelación normativa, es decir, un orden jerárquico de aplicación de las distintas normas, conforme lo siguiente: Constitución; Tratados y Convenios Internacionales; leyes orgánicas; leyes ordinarias; normas regionales y ordenanzas distritales; decretos y reglamentos; ordenanzas; acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
4. Se mantiene la aplicación de la norma jerárquica superior como regla para todos los operadores jurídicos y administrativos, especialmente en caso de conflicto entre normas de distinto nivel.

Roberto Mancilla en su obra “Derecho Adjetivo Constitucional”, nos explica que dentro del principio de Supremacía Constitucional se da cinco aspectos básicos, para entender mejor el tema y estos son:

---

<sup>134</sup> Alfonso, Zambrano. “*Marbury vs. Madison y el Control de Constitucionalidad*”: [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/28102012/dp-marbury\\_vs\\_madison.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dp-marbury_vs_madison.pdf).





**Aspecto Objetivo:** el elemento constitutivo de todo sistema de control de la constitucionalidad, en este principio, es, ninguna ley puede contravenir el contenido de la Carta Magna, y aquella norma transgresora, es aquella que no es conforme a la Ley Suprema.

Burdeau expresa que la supremacía constitucional posee doble naturaleza: material y formal,<sup>135</sup> se da el reforzamiento al principio de legalidad, puesto que si las infracciones a las leyes ordinarias son ilegales, lo son más las contradicciones a la Constitución.

La Constitución es la fuente de las competencias, por tal razón, ninguna autoridad podrá dar ninguna otra competencia de la cual no se la concedió. El Autor Cueva manifiesta que la supremacía formal asegura la material y consiste en la rigidez que caracteriza a algunas constituciones.

En sí, dentro de este aspecto en base a lo que dice Eduardo García Máñez sobre el derecho objetivo, que son conjunto de normas imperativo-atributivas que imponen deberes y conceden facultades, Roberto Mancilla dice que son normas constantes en la constitución.

**Aspecto Subjetivo:** Allan Brewer-Carias expresa:

*“Si partimos del supuesto de que la Constitución es manifiesta la voluntad del pueblo que debe prevalecer sobre la voluntad de los órganos constituidos, el primer y principal derecho constitucional que los ciudadanos tienen en un Estado de Derecho, es el derecho a dicha supremacía, es decir, al respeto de la propia voluntad popular expresada en la Constitución, como manifestación de la soberanía del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución [...]”<sup>136</sup>*

---

<sup>135</sup> Mario de la Cueva. “Teoría de la Constitución”. pág. 96.

<sup>136</sup> Brewer, Allan. En *Nuevas Reflexiones sobre el Papel de los Tribunales Constitucionales en la Consolidación del Estado Democrático de Derecho: Defensa de la Constitución, Control del Poder y Protección de los Derechos Humanos*. Documento presentado en el I Encuentro de Salas y Tribunales Constitucionales de Centroamérica y República Dominicana. San José, febrero de 2006.



Así, la supremacía constitucional es un principio, pero además, es un derecho de los particulares para aplicar la Constitución, constituyéndose en el elemento en el cual se basan las acciones constitucionales tutelares de los derechos de los particulares. Pues recordemos a partir del “Contrato Social” de Roseau que todos renunciamos a nuestras libertades individuales y las entregamos a determinadas personas aceptando determinadas reglas, fue para vivir en una sociedad donde recién la armonía, en base a nuestra concepción de Estado sería para alcanzar el Buen Vivir.

**Aspecto Sustantivo:** Calamandri define al derecho sustantivo de la siguiente manera: *“el conjunto de normas jurídicas que disciplinan directamente la conducta de los individuos en la convivencia social, regulando las relaciones de intereses en que las mismas vienen a encontrarse en vista de la distribución y del goce de los bienes de la vida”*. Al ser la Carta Fundamental una norma estructuradora del Estado, regula la conducta de todas las autoridades, por tal razón aquellas no pueden contravenir los lineamientos de la Constitución.

Tanto el aspecto sustantivo como objetivo están en relación, pero el primero disciplina la conducta de las autoridades para que su actuación contravenga lo establecido en la Constitución y el segundo es una norma que actúa como contenedora, para que cobre efectividad.

**Aspecto Adjetivo:** como sabemos una norma tiene dos momentos: la actualización de la hipótesis y la materialización de la consecuencia jurídica. En tal virtud, en la norma adjetiva, si se actualiza la hipótesis de la norma sustantiva su consecuencia es el advenimiento de la consecuencia de la consecuencia de la norma sustantiva. Pues lo adjetivo permite materializar aquello que contempla lo sustantivo. El derecho adjetivo está compuesto por normas que regulan procedimientos que conforman el proceso para efectivizar la sanción o consecuencia dada en la norma sustantiva.



**Aspecto Orgánico:** *“las normas orgánicas se encargan de crear los órganos que deben conocer las cuestiones relativas a la aplicación de la Constitución.”*<sup>137</sup> La legislación secundaria, da vida a los a los órganos y se encarga de las cuestiones relativas a los medios de aplicación.

Jorge Zabala en cuanto al tema nos dice: que se impone la supremacía de Constitución escrita y unitaria, pues así, es más sencillo, constatar la jerarquía normativa, se adquiere certeza en su aplicación. La Constitución a más de ser fuente de ley, lo es también de los órganos que dictan aplicando normas infra legales sobre los cuales impera directa e inmediatamente. En sí, toda la actividad del Estado como de los particulares, sea directamente o indirectamente tiene como referencia la Constitución, si esta no se cumple, esta misma diseña un sistema jurisdiccional que protege el contenido de sus principios, valores y normas a través de un debido proceso.<sup>138</sup>

Por lo expuesto, la Supremacía Constitucional es la garantía para cumplir o sea una realidad lo expuesto por el Constituyente y no sea simples palabras que se lleva el viento. Pero sobre todo para que toda norma este de acuerdo a sus valores, principios y normas constitucionales.

### 3.1.2. Rigidez Constitucional

La Rigidez Constitucional permite que la Supremacía Constitucional tenga sentido y llegue a plasmarse en normas, aunque sus garantías será lo que permita su materialización. La Constitución, como sabemos muestra la realidad que vive un país, o es el reflejo de la sociedad ecuatoriana, buscando regular la vida de la misma, en base a sus culturas, tradiciones, historia, pueblo, entre otras. Contienen principios, valores y normas que reflejan la vida, realidad actual de nuestro pueblo, en base a ello, configura al Estado Ecuatoriano. *“La rigidez constitucional no es, propiamente, una garantía, sino más bien un rasgo estructural de la constitución, vinculado con*

<sup>137</sup> Mancilla, Roberto. *“Derecho Adjetivo Constitucional”*. pág. 59

<sup>138</sup> Zabala, Jorge. Ibidem. págs. 89-90



*su posición en la cúspide de la jerarquía normativa*<sup>139</sup>. Para Ferrajoli, la rigidez constitucional, tiene que ver con el rango superior de las normas constitucionales respecto de todas las otras fuentes del ordenamiento jurídico. En cuanto a los derechos fundamentales les da una doble normatividad: como expectativas negativas de su no derogación o vulneración como expectativas positivas de su desarrollo.<sup>140</sup>

Para Guastini: *“Las Constituciones rígidas, y solamente ellas, gozan de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto del procedimiento de formación de las leyes.”*<sup>141</sup>. Es decir, no es tan sencillo realizar cambios en ella, sino implicaría todo un procedimiento complejo, lo que ayuda a garantizar lo dispuesto por el poder constituyente, en nuestro caso fue el constituyente de Montecristi, pero este autor también habla de diferentes grados de rigidez, dependiendo del procedimiento que se establezca para su modificación. Siendo la rigidez absoluta aquella que no permite modificación alguna, pero en nuestro caso tenemos una Constitución rígida con un procedimiento agravado.

En sí, una constitución rígida es aquella: *“[...] que no puede modificarse mediante procesos ordinarios o incorporan procesos que dificultan su modificación.”*<sup>142</sup>. Nuestra Constitución vigente lo regula en sus Arts. 441 al 444, mediante un procedimiento complejo, en su Art 442 reza:

**Art 442.-** La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y

<sup>139</sup> Ferrajoli, Luigi. “La teoría del derecho en el paradigma constitucional”. págs. 91-92.

<sup>140</sup> Ferrajoli, Luigi. Ibídem pág. 92.

<sup>141</sup> Guastini, Riccardo. “Estudios de teoría constitucional”. pág. 185

<sup>142</sup> MACHICADO, Jorge. “Constitución política Rígida/ Flexible/ Pétrea”. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/06/cpe-frp.html>.



ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

El proyecto de reforma se tramita y aprueba la Asamblea Nacional, en mínimo dos debates. El segundo debate será después de 90 días del primero, luego de aprobado se llamará a consulta luego de 45 días. Se requiere de al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos, luego de haber obtenido este resultado, dentro de los 7 días siguientes el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

En nuestro caso, podremos decir, **que se podrá realizar modificaciones parciales siempre y cuando no se atenten con los derechos y garantías constitucionales**, (como la Acción de Protección) lo cual protege lo ya establecido por la constituyente de Montecristi, es decir, siempre se mirará a respetar los derechos ya consagrados y únicamente a mejorarlos. Al tener una Constitución, como un Catálogo Abierto de Derechos, nos da una gran ventaja, pues no sólo se reconocen los derechos constantes en dicho cuerpo normativo, sino, que se irán incorporando según se establezcan en los convenios, tratados internacionales y sobre todo en los necesarios para el desarrollo de la dignidad humana. Además, gracias a la rigidez constitucional se garantiza la seguridad jurídica, pero sobre todo los derechos y garantías constitucionales.

### 3.1.3. Fuerza Normativa de la Constitución

La Constitución nace a partir de la voluntad constituyente depositada en el poder soberano, su valor y significado es más relevante que cualquier otra norma jurídica. Además, es una norma por excelencia, pues pretende vincular jurídicamente con su contenido a los detentadores del poder estatal, como a sus destinatarios. Aquello lo hará regulando al poder como elemento fundamental del Estado, buscando ordenarlo bajo tres aspectos: organización, limitación y justificación. Siendo el primero la configuración



funcional de los órganos en los cuales se distribuye el poder estatal. El segundo, reconoce los derechos fundamentales donde el poder no puede penetrar ni cometer excesos, finalmente el tercero, busca dar validez al poder, con objetivos claros, estableciendo sus obligaciones y programas a cumplir<sup>143</sup>, para que en nuestro caso garantice el buen vivir de nuestro pueblo.

La Constitución es fuente formal y material del ordenamiento jurídico, por lo tal al ser fuente formal es la encargada de establecer el modos operandi de la creación del derecho y de sus diversas expresiones normativas. La Carta Fundamental, establece quienes son los órganos legitimados para crear el derecho como la Asamblea o los GADS, establecen la estructura que poseen, sus competencias, así como el procedimiento específico en la elaboración del derecho. **En cuanto a fuente material es la que pone las directrices o las reglas, para que todo el ordenamiento jurídico se remita a ella, sin excepción alguna.**<sup>144</sup>

En resumidas cuentas es la norma de normas, pues cada una de ellas se remitirá a esta, además al contener principios, valores y normas, los dos primeros también serán desarrollados por las normas respectivas para su cumplimiento. Establece los parámetros de validez para el resto de normas, sin olvidar que al estar en el vértice del ordenamiento jurídico, exige que la aplicación de toda la legislación sea en armonía con la misma. Al reservarse para sí, la Supremacía Jurídica, no existe otro órgano o ente en la sociedad o Estado que este sobre él, sus normas, principio y valores son de observancia obligatoria, caso contrario se declara la inconstitucionalidad.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> Bazán, Víctor. “*Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*”. pág. 224.

<sup>144</sup> Bazán, Víctor. Ibídem pág. 225

<sup>145</sup> Bazán, Víctor. Ibídem pág. 233



### 3.1.4. Jerarquía Normativa

Como sabemos un ordenamiento jurídico para ser tal debe ser unitario, coherente y completo, por una norma fundamental llama constitución, como lo expreso ya Pérez Arroyo, la Constitución es fuente de fuentes o Norma de Normas, de forma directa o indirecta, siempre toda norma, acto normativo o actividad estatal o de la misma sociedad, debe estar bajo los parámetro marcados por la Constitución.

No todas las normas jurídicas tienen la misma relevancia, o son de la misma clase, sino que se organizan en forma jerárquica, esta estructura garantiza la seguridad jurídica. Se estructuran como una escala, de mayor a menor importancia y a los escalones organizados de mayor a menor importancia que forma la escala referida llamada Rango. Dependiendo de su rango, tendrán su importancia y aplicabilidad, siendo la Carta Fundamental la más importante al encontrarse en la cúspide.<sup>146</sup>

En base al Art 425 de nuestra Constitución en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía la Corte Constitucional las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

- La Constitución
- Los tratados y convenios internacionales
- Las leyes orgánicas
- Las leyes ordinarias
- Las normas regionales y las ordenanzas distritales
- Los decretos y reglamentos
- Las ordenanzas

---

<sup>146</sup> I.E.S. Heliopolis-Sevilla- Principios de Gestion Administrativa Publica. Ciclo GradoMedio Gestion Administrativa. Leccion 2. La jerarquía de lasnormas en la Constitucion:  
<http://roble.pntic.mec.es/cgar0136/TEMA%202%20La%20jerarqu%EDa%20de%20las%20normas%20en%20la%20Constituci%F3n%20%20-1%AA-.pdf>



- Los acuerdos y las resoluciones;
- Y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Es decir, en base a nuestra Constitución sería este el orden de importancia y aplicabilidad de las normas que tiene carácter de obligatorio, para así, garantizar la seguridad jurídica, cada norma inferior este en concordancia con la superior, además de ser claras concordantes y armónicas para su aplicabilidad respectiva. Recordando que la más importante es aquella norma superior.

### **3.2. Jurisdicción Constitucional**

#### **3.2.1. Jurisdicción Constitucional**

La jurisdicción es el poder o potestad pública, de administrar justicia, para conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, dependiendo de la competencia que tienen cada uno de los tribunales, jueces establecidos por la Constitución. En simples palabras nos dice el Art 1 y 150 el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico de la Función Judicial respectivamente. En simples palabras sería una potestad concedida a determinados órganos del estado para administrar justicia.

*“La jurisdicción debe entenderse como la función pública y soberana y cumple una actividad complementaria a la legislativa, resolviendo las controversias, cuando la ley ha sido violentada; o de otro modo, es la potestad de administrar justicia encomendada a un órgano soberano del estado, a fin que resuelva en sentencia los conflictos de intereses sometidos a su conocimiento y restablezca el ordenamiento jurídico violado.”<sup>147</sup>*

---

<sup>147</sup> Sumario sobre la Jurisdicción. Dr. Káiser Machuca. cuarto año de derecho. 2012





Pero la Jurisdicción Constitucional es entendida por la doctrina material como la actividad estatal de índole jurisdiccional encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional. A lo que Biscaretti di Ruffi ejemplifica: *“entre su contenido la tutela contra actos inconstitucionales de los órganos del Estado o contra actividades ilícitas de los titulares de los órganos del poder.”*<sup>148</sup>. La jurisdicción constitucional va de la mano con el control constitucional de las leyes y normas de un ordenamiento jurídico, además permite establecer cuáles son las competencias entre los diversos órganos estatales; la defensa de los derechos humanos, entre otros.

En cuanto a la doctrina orgánica, Gonzales Pérez sostiene que una verdadera jurisdicción constitucional se da cuando: *“el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional se atribuye a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial.”*<sup>149</sup>. Además, tiene matices políticos, por lo cual se constituye en una jurisdicción especial, pues se concede a un órgano especializado para ello, que en el caso ecuatoriano está a cargo de la Corte Constitucional, es un órgano jurisdiccional, pero independiente del poder judicial. Pero en sí, lo que busca la jurisdicción constitucional es tutelar el principio de supremacía constitucional.

Además, Fix Zamudio distingue dos clases de tarea jurisdiccional constitucional:

- **Jurisdicción Constitucional de Libertad.-** Que establece procedimientos a favor de los derechos humanos.
- **Jurisdicción Constitucional Orgánica.-** Busca solucionar conflictos entre los órganos del Poder y controversias constitucionales entre provincias y estas con el Estado.

<sup>148</sup> Sagues, Néstor. “Compendio de derecho procesal constitucional”. pág. 5

<sup>149</sup> Sagues, Néstor. Ibidem; Pag. 6



Para Elvito Rodríguez la Jurisdicción Constitucional es:

*“En sentido estricto este se limitaría a la capacidad de pronunciarse que tienen determinados órganos sobre los problemas constitucionales; en rigor, nos limitaríamos prácticamente a los procesos constitucionales: en rigor, nos limitaríamos prácticamente a los procesos constitucionales. En sentido amplio, consideramos a la jurisdicción constitucional como equivalente al derecho procesal constitucional”.*<sup>150</sup>

Pero en sí, se puede decir que la jurisdicción constitucional es la rama de la justicia que vela por la supremacía de la Constitución Ecuatoriana, el Estado de Derechos y Justicia Social, buscando que el contenido en la Carta Fundamenta se efectivice a través de sus diferentes mecanismos y garantías ante los respectivas órganos jurisdiccionales. Además, que se utilice correctamente el ejercicio de las acciones respectivas, para reivindicar los derechos constitucionales.

En sí, la jurisdicción constitucional en nuestro país, se aplica a través del control concreto de constitucionalidad, pues el órgano máximo de Control de Constitucionalidad como la Corte Constitucional Ecuatoriana, encargada del control, interpretación constitucional administración de justicia constitucional.

### **3.2.2. Control Constitucional**

Es el mecanismo por el cual se busca el cumplimiento de los principios, valores y normas contempladas en nuestra Constitución. Ricardo Velásquez, manifiesta que el control constitucional tiene por objeto evitar el nacimiento de normas jurídicas contrarias a la Carta Fundamental o impedir que normas provenientes del derecho internacional inconstitucionales se incorporen al

---

<sup>150</sup> Rodríguez Domínguez, Elvito A. “Derecho Procesal Constitucional”. pág. 334



ordenamiento jurídico.<sup>151</sup> Así, salvaguardar el principio de Supremacía Constitucional, pues toda norma debe ajustarse a los lineamientos constitucionales.

El Art 74 de la LOGJYCC, prescribe que el control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, pues todas aquellas normas que son incompatibles con la Constitución, no tendrán cabida, ya sea por razones de fondo o forma. Y la encargada es la Corte Constitucional Ecuatoriana.

El control constitucional, se lo conoce en países como Venezuela como “sistema de garantías de orden constitucional”, en otras palabras existirá un órgano u órganos que se encargue a través de diferentes procedimientos de estudio y verificación, si una ley es conforme o no a la Constitución. Estudiando además, los actos legislativos y actos emanados de organismos del sector público.<sup>152</sup>

En base a lo expuesto por la Corte Constitucional Ecuatoriana, acerca del Control Constitucional expresa lo siguiente:

*El control de constitucionalidad previsto por la Carta Fundamental para garantizar el respeto a su supremacía, es decir, asegurar que todas las autoridades adecuen sus actos a los principios, valores y normas constitucionales, se lleva a efecto en el país, entre otras, a través de dos formas: un control abstracto y otro concreto.*<sup>153</sup>

El control abstracto, es el encargado de la guarda de la Constitución, y realiza un examen para determinar si un acto normativo o un acto administrativo de carácter general, contiene o no disposiciones contrarias a

<sup>151</sup> Velásquez Ricardo. “Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e Integración en el Derecho Latinoamericano”. pág. 35.

<sup>152</sup> Vélez, José. “El Control Concreto de Constitucionalidad. Revista Jurídica”. Pág. 41.

<sup>153</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el Periodo de Transición.. Sentencia No 072-10-SEP-CC. Caso No 0164-10EP. Jueces: Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Hernando Morales, Ruth Seno, Edgar Zarate, Patricio Pazmiño.



la Constitución, si su contenido son contrarias se determina su invalidez, además dejan de tener efectos jurídicos, pues son separados del ordenamiento jurídico. Así, se depura el ordenamiento, elimina actos que inobservan los mandatos constitucionales. Este control se llama abstracto por cuanto el análisis se realiza prescindiendo de la aplicación de la norma o acto administrativo de carácter general a determinado caso.<sup>154</sup>

El control concreto garantiza la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas en el marco de los procesos judiciales al conocer casos concretos, si los jueces tiene dudas razonables y motivadas respecto a la conformidad de una norma con la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos, deberán consultar a la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de la norma, previa suspensión del proceso. La Corte se pronunciará en dos sentido: a) Sobre la constitucionalidad de la aplicación de la norma, b) sobre la constitucionalidad de la aplicación de la norma, caso en el cual el fallo tendrá efectos para las partes del proceso en que se ha suscitado la duda de constitucionalidad y para casos análogos.

---

<sup>154</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el Periodo de Transición. Sentencia No 072-10-SEP-CC. Caso No 0164-10EP. Ibídem



## CAPÍTULO IV

### 4. DESARROLLO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN POR LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

#### 4.1. Residualidad y Subsidiariedad

Como hemos visto, la Acción de Protección, concebida en la Constitución vigente le da el carácter de universal, informal, inmediata, directa, sumaria, oral, reparadora, intercultural, protectora de los derechos humanos. Lo cual hace que la Constitución se considere como garantista, siendo el deber más alto del Estado respetar y hacer respetar los derechos constitucionales. La Carta Magna, es el reflejo de la sociedad ecuatoriana, de su historia, costumbres, tradiciones y realidades, responde a sus aspiraciones, anhelos de construir un Estado democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, con el predominio de una justicia al servicio de la sociedad, de *“dar a cada quien lo que corresponde”*, logrando el bienestar de cada uno de sus miembros, para así alcanzar la igualdad entre todos sus habitantes, por ende la armonía de la sociedad donde reine la seguridad jurídica, con normas claras y vigentes.

Nuestra Norma Normarum, contiene principios, valores y normas, con jerarquía suprema, que son desarrolladas por las normas secundarias, siendo así, que las garantías jurisdiccionales contempladas en la Norma Fundamental son desarrolladas por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la cual establece una serie de filtros, a lo cual es llamado por la doctrina como residualidad constitucional, a lo cual debemos preguntarnos: ¿es necesario estos filtros?, ¿Acaso la residualidad contemplada en la LOGJYCC, no la convierte en



inconstitucional?, ¿logrando o no su eficacia jurídica? a esta y otras preguntas se pretenderá responder.

La residualidad y subsidiariedad, son dos elementos más recurridos del derecho comparado, para delimitar el ámbito de protección de las garantías jurisdiccionales, como en el caso de la Acción de Protección. Al respecto Francisco Rubio Llorente expresa:

*“[...] Por subsidiariedad se entiende, en general, la necesidad de que haya una determinada secuencia en la intervención de las distintas instancias decisorias, de manera que no haya de ocuparse la superior de lo que puede resolver con eficacia la inferior...la subsidiariedad impone al demandante de amparo una obligación de agotar previamente todas las vías y recursos judiciales”<sup>155</sup>*

Además, Llorente dice que una acción es subsidiaria en los siguientes casos:

- Cabe interponer cuando no existen otras formas de impugnación
- Cuando las vías o mecanismos de impugnación se han agotado.
- Cuando no existe otra vía más idónea
- No es procedente cuando se han activado de manera simultánea otras acciones con identidad subjetiva y objetiva ante la justicia ordinaria.

Para entender mejor la residualidad es necesario analizar el derecho comparado de Argentina, Colombia y Perú.

---

<sup>155</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinarización de la Acción de Protección; Burneo y Asociados”. <http://burneoasociados.com/articulos/residualidad-elemento-generador-de-la-ordinarizacion-de-la-accion-de-proteccion>.



## República de Argentina

El Caso Argentino.- María Angélica Gelli, señala que en la República de Argentina el nacimiento de la acción de amparo, se dio al mismo tiempo cuando surgió la garantía, como una acción subsidiaria de remedios administrativos o judiciales menos idóneos o acción supletoria y de excepción ante la inexistencia de tutelas. Los casos relevantes al respecto son los que la Corte Suprema Argentina delimitando la naturaleza de la acción de amparo clásico, fue con el caso “Siri” y un año más tarde en el caso “Kot”.

Pero en ambos casos la Corte Suprema Argentina se pronunció de la siguiente manera:

*“[...] Cuando apareciera, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen al proceso ordinario, administrativo, judicial, correspondería que los jueces restablecieran de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del recurso de amparo”<sup>156</sup>*

### Caso Siri

La policía de la provincia de Buenos Aires clausuró el diario “Mercedes”, y dicha clausura no fue aclarada. Por lo cual Ángel Siri en calidad de director y administrador del periódico se presentó ante la justicia alegando la violación de sus derechos a la libertad de imprenta y de trabajo consagrado en la Constitución Argentina en los Art 14, 17 y 18. Sus pretensiones eran que se retirara la custodia policial del local donde se imprimía el periódico, y se levantara la clausura del mismo.

---

<sup>156</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección”. Burneo y Asociados



Ángel Siri, solicitó al juez que se requiriera a la policía un informe sobre quien había ordenado la clausura y los motivos de la misma. Requerido dicho informe por el juez, el comisario informó que la orden había sido dada por la “Dirección de Seguridad de la Policía”, pero el motivo lo desconocía. Ante la especificación de la clausura el juez requirió informe del Jefe de Policía de la provincia de Buenos Aires, de la Comisión Investigadora Nacional y del Ministerio de Gobierno de dicha provincia, los cuales ignoraban la razón. La decisión del juez fue apelada, pero la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Mercedes confirmó la sentencia.

El afectado dedujo un recurso extraordinario dejando en claro que no había interpuesto un recurso de Habeas Corpus, sino que se trataba de una petición a las autoridades por la violación de garantías constitucionales. Llegando a la Corte, esta revocó la sentencia de la Cámara de Apelación ordenando a la autoridad policial “cesar con la restricción impuesta” y la clausura.<sup>157</sup>

Por lo cual la Corte Suprema Argentina se pronuncia de la siguiente manera:

*“El escrito de fs.1 solo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Const. Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción.*

*Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente; las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en*

---

<sup>157</sup> Corte Suprema Argentina; Fallo “SIRI”. CSJN, Fallos,239:459. LL,89-531; JA,1958-II-476. juez ponente: ALFREDO ORGAZ, MANUEL J. ALGAÑARAZ, ENRIQUE V. GALLI, CARLOS HERRERA, BENJAMIN BASALVIBASO. <http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/F-1.pdf>





*la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales solo son requeridas para establecer “en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: No son, como puede creerse, las “declaraciones, derechos y garantías”, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente dentro de la Nación Argentina*

*Que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus. (Fallos, 168:15; 169:103 y los posteriores). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas.<sup>158</sup> (El subrayado me pertenece)*

Como vemos claramente en este caso, los derechos fundamentales, aquellos contemplados en la Constitución Argentina una vez que se

---

<sup>158</sup> Corte Suprema Argentina. Fallo “SIRI”. Ibidem.



verifique, que se demuestre que realmente son violados son el motor para activar la justicia constitucional, pues se trata de garantías individuales, de derechos esenciales los cuales deben ser tratados, por vías especiales y no en la justicia ordinaria. Pues su contenido es *“fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación”*. Pues un Estado de Derecho como es el caso de Argentina, será, si sus habitantes pueden gozar y ejercer plenamente las garantías concedidas por la Carta Fundamental. Si lo comparamos con nuestro estado, se podría deducir que nuestro Estado no sería garantista, ni mucho menos un Estado de Derechos y Justicia Social si los individuos no pueden ejercer plenamente las garantías jurisdiccionales contempladas en la Norma Normarum.

### **Caso KOT**

La firma Samuel Kot, propietario de una fábrica textil ubicada en el partido de San Martín, provincia de Buenos Aires, sufrió una huelga tras un conflicto con su personal, la huelga fue declarada ilegal por la “Delegación de San Martín del Departamento Provincial del Trabajo”, por tal motivo Kot, ordenó a sus obreros retornar al trabajo dentro de las 24 horas. Esto trajo muchos despidos. Un mes y medio más tarde, el presidente del Departamento Provincial del Trabajo declaró nula la resolución de la Delegación de San Martín e íntimo a la empresa a reincorporar a los obreros que había despedido, tras la negación de la empresa, los obreros despedidos ocuparon nuevamente la fábrica paralizándola en su totalidad.

Juan Kot formuló una denuncia por usurpación pidiendo la desocupación de la fábrica. Dos días después el juez ordenó el sobreseimiento definitivo en la causa, al no hacer lugar al pedido de desocupación, alegando que se trata de un conflicto gremial, pues no tenían la intención de ejercer sobre ella el derecho de propiedad.



Apelada esta resolución, la Cámara de Apelación en lo Penal de la Plata confirmó el sobreseimiento definitivo. El interesado dedujo recurso extraordinario, pero la Corte lo declaró improcedente.

Así, dedujo recurso de amparo para obtener la desocupación de la fábrica, como recurso paralelo interpuesto ante la misma Corte. Para invocar este recurso, Kot se basó en el caso Siri; en la libertad de trabajo; en el derecho de propiedad y en el derecho a la libre actividad, consagrados en la Constitución Argentina. La Cámara de Apelación desechó el recurso planteado, interpretando que se trata de un recurso de Habeas Corpus. Contra esta sentencia, el interesado interpuso recurso extraordinario.<sup>159</sup>

La Corte Suprema Argentina se pronunció de la siguiente manera.

*“[...] Los hechos de la causa revelan de modo indudable que existe una restricción ilegítima de los derechos constitucionales invocados por el recurrente: desde luego, el de propiedad; también, y sobre todo, el de libertad de trabajo, pues lo ocupado por los obreros no en un inmueble baldío o improductivo, sino una fábrica en funcionamiento y mediante la cual el propietario ejerce su actividad económica de fabricante. En estas condiciones, no es juicioso pretender que el afectado reclame la devolución de su propiedad por los procedimientos ordinarios: si cada vez que, a raíz de un conflicto, muchas personas ocupan materialmente una fábrica; un instituto privado de enseñanza o cualquier otro establecimiento, los propietarios no tuvieran más recurso, para defender sus derechos constitucionales, que deducir un interdicto posesorio o de despojo, con múltiples citaciones a estar a derecho para todos y cada uno de los ocupantes, con la facultad de estos de designar sus propios abogados, de contestar traslados y vistas, de ofrecer y producir*

---

<sup>159</sup> Corte Suprema Argentina. Fallo “KOT”. CSJN, Fallos, LL, 92-627; JA, 1958-IV-216. jueces: ALFREDO ORGAZ, BENJAMIN VILLEGAS BASALVILBASO, ARISTOBULO D. ARAOZ DE LAMADRID, JULIO OYHANARTE. <http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/F-1.pdf>



*pruebas, etc., cualquiera comprende a que quedaría reducida la protección de los derechos que habrían concedido las leyes y de qué modo habría quedado subvertido el orden jurídico del país. En situaciones como las mencionadas, que es también la de estos autos, la protección judicial de los derechos constitucionales no tolera ni consiente semejantes dilaciones.”<sup>160</sup>*

Es así, que la violación a los derechos humanos, esenciales, no pueden ser resueltos en las vías ordinarias, pues perdería su esencia. Pero como en el caso anterior, es fundamental demostrar que realmente pasó aquello. Caso contrario, no sólo la Constitución sería violentada o vulnerada, sino además, las garantías jurisdiccionales o constitucionales se convertirían en letra muerta.

En estos casos vemos claramente que el Tribunal Argentino, reconoce la jerarquía de derechos constitucionales, pero restringe la garantía, pues su admisibilidad será cuando no hubiera a la mano remedios judiciales o administrativos no suficientes, rápidos para reparar la lesión. Con la Ley 16.986 se determinó como presupuesto de admisibilidad de la acción de amparo, la inexistencia de recurso o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantías constitucionales lesionadas. Así, la Corte Suprema Argentina desestimó resolver la acción de amparo, no sólo por la existencia de remedios administrativos y judiciales, sino además por la falta de agotamiento de estas instancias. Con una excepción a la regla, cuando constate que los recursos judiciales o administrativos resulten ineficaces para la protección de los derechos afectados.

Es así, que la Acción de Amparo Argentina bajo la regulación de la Ley 16.986 es residual, subsidiaria, heroica y excepcionalmente directa. Pero con la Constitución de 1994, la tutela fue acompañada de modificaciones

---

<sup>160</sup> Corte Suprema Argentina. Caso KOT. Ibídem



sustantivas a los límites fijados por la legislación anterior. El Art 43 de la Constitución Argentina de 1994 en su parte pertinente reza:

**Art. 43.-** [...] Toda persona puede interponer una acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo.”

A diferencia de la Ley 16.986, no es necesario agotar remedios administrativos ni judiciales, ni tampoco demostrar la no idoneidad de los mismos. Es decir, que al tenor de la norma, sólo deben agotarse las vías judiciales pertinentes, o demostrar que no existe vía judicial más idónea que no sea el propio amparo.

Tratadistas como Angélica Gelli han hecho explícita su preocupación por la ambigüedad del Art 43 de la Constitución Argentina:

*“[...] Pues bien ¿Que alcance posee la disposición constitucional?, ¿ha producido la reforma una mutación al amparo, transformando la acción excepcional en ordinaria?, ¿la idoneidad del medio judicial que hace inadmisibile el amparo, descarta de plano las vías administrativas?, ¿Cómo medir la idoneidad del remedio judicial?, ¿Por la rapidez en obtener la tutela?, ¿O por la amplitud del procedimiento del que se trate para acreditar la lesión a los derechos de los afectados?”<sup>161</sup>*

Para contestar estas interrogantes, Gelli recurre a la voluntad del constituyente expresada en las actas de la Convención Constituyente, de la cual puede colegir que la intención de la mayoría fue caracterizar al amparo como una vía excepcional, residual y heroica en concordancia con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Debido a que la eficiencia de todo orden jurídico en la protección de derechos, con lo

---

<sup>161</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinarización de la Acción de Protección”.  
Ibíd.



que parecía atenuar la excepcionalidad del amparo en aquellos casos en que la eficiencia del orden jurídico no se diera, además del principio en virtud del cual no se puede sustituir por vía judicial el sistema democrático y republicano. Así, el punto de partida de su admisibilidad, para decir que el orden jurídico es eficiente, se convierte en una utopía, por lo que el amparo se convierte en un mecanismo excepcional, residual y ordinario.

Cuando se utiliza los términos: “*siempre que no exista un mecanismo más idóneo*” es un tipo de restricción residual, la interpretación más lógica y común, colegirá que al ser el amparo un medio eficaz, expedito, sumario, terminará siendo siempre el mecanismo más idóneo para proteger los derechos de los accionantes, o debería de serlo.

Para Quiroga Lavie, sostiene que pese a la amplitud con la que ha sido constitucionalizada la naturaleza del amparo, no puede sostenerse que el mismo se ha convertido en un remedio ordinario. Sostiene a partir del Art 43 de la Constitución Argentina, la voluntad de la constituyente plasmada en actas, concluye en lo siguiente:

- La admisibilidad del amparo no exige la existencia, ni agotamiento de las vías administrativas.
- La existencia de medios judiciales, descarta en principio la acción de amparo.
- El principio cederá cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demora o ineficiencia que neutralicen la garantía.

Néstor Pedro Sagüés, en alusión a la ambigüedad del Art 43 de la Carta Fundamental de Argentina, pone de manifiesto como una interpretación puede variar ostensiblemente, según el método interpretativo seleccionado. Desde la interpretación literal, podría entenderse que el término expedita



significa, que el amparo puede promoverse de modo inmediato, sin necesidad de tener en cuenta otra vía, trámite o recurso, por más que fuese provechosa para el afectado, “siempre que no exista otro medio judicial idóneo”, el amparo es inadmisibile si hay otra vía más exitosa para el afectado por un acto lesivo; en principio el amparo es rápido y por ende será el instrumento más idóneo. Pero será, el juez o el accionado quien pruebe que existe esa otra vía mejor que el amparo, en cada caso concreto.

Los procedimientos administrativos resultarían siempre eludibles, ya que la Constitución no hace referencia a ellos. El actor del amparo puede omitirlos y hasta ignorarlos tranquilamente, aunque fuesen tanto o más idóneos que el amparo para enfrentar el acto lesivo. La frase “*siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*”, da lugar a mayores controversias. Sagüés manifiesta que en teoría el amparo es una vía rápida, pero en la práctica no siempre será así. Además para su admisibilidad y sobre todo para que gane el accionante, el acto lesivo debe ser ilegal o arbitrario. Debe probar que el amparo es la vía más idónea y no un juicio ordinario, pero en sí, debe tener una prueba contundente.<sup>162</sup>

Sagüés sostiene:

*“[...] que la aceptación de la doctrina del amparo como vía ordinaria, que fue lo no querido y rechazado por la constituyente, obliga también a meditar seriamente sobre la inflación que puede producirse en esta acción. Es evidente que la judicatura argentina no está programada para absorber tal catarata de amparos y que la conversión de una caratula no surtirá el milagro de resolver la congestión de expedientes. En definitiva si llega a triunfar la doctrina del amparo directo, el Estado debería, en su concepto, realizar pero ahora mismo una reforma estructural cuantitativa, cualitativa, erigiendo urgentemente el fuero constitucional para instrumentar y*

---

<sup>162</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección”.  
Ibíd.



*capacitar al conjunto de órganos judiciales suficientes a fin de asumir eficientemente el amparo directo, no subsidiario. Sin embargo, tal nueva especie de amparo seguiría siendo incompatible con el mensaje autoral que anida en el art 43 de la Constitución”<sup>163</sup>*

Según Angelica Gelli y Sagüés el mejor método en interpretación es el histórico para entender la oscuridad de la ley, en este caso al amparo argentino le dieron potestad de ser una vía excepcional, residual y heroica, reservado para salvaguardar los derechos fundamentales, pero en determinados casos. En sí, la naturaleza es residual y excepcionalmente directa. La residualidad del amparo está prevista en la Carta Fundamental, pero la ley al igual que la jurisprudencia se limitan a desarrollarla.

## **República de Colombia**

### **El caso Colombiano**

El Art 86 de la Constitución Colombiana de 1991 prescribe:

**Art. 86.-** [...] Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública... esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

El Decreto 2551 de 1991 reglamenta la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Carta Fundamental y prescribe:

---

<sup>163</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección”.  
Ibídem





**Art. 6.- Causales de improcedencia de la tutela.** La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

A partir del análisis de este Art., colijo que en aquellos casos en que exista otro medio o mecanismo judicial adecuado para la protección de los derechos afectados, no procede la acción de tutela.

Al respecto la Corte Constitucional Colombia señala:

*"Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicional al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes."*<sup>164</sup>

En base al Decreto 2591 de 1991 Colombiano, se califica su idoneidad en cada caso, y eficacia para la protección de derechos fundamentales. Demostrando que la acción de tutela se convierte en el mecanismo

---

<sup>164</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-892/11. Acción de tutela instaurada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, contra la Sala Quinta del Tribunal Administrativo de Nariño; Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46023>



adecuado para la protección de derechos constitucionales. O cuando se demuestre que existe vacío dentro del sistema jurídico, para la protección de derechos esenciales.

Además, la Corte Constitucional Colombiana se manifiesta al respecto:

*“[...] Pero ese medio que desplaza la viabilidad del amparo tiene que ser materialmente apto para lograr que los derechos fundamentales en juego sean eficientemente protegidos. En consecuencia, no tiene tal virtualidad los medios judiciales apenas teóricos o formales, pues según el artículo 228 de la Carta, en la administración de justicia debe prevalecer el Derecho sustancial.*

*Así las cosas, para los efectos de establecer cuando cabe y cuando no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguardia, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales”<sup>165</sup>*

Catalina Botero<sup>166</sup> expresa que el juez constitucional, debe dar prioridad a la acción de tutela o a su trámite siempre y cuando se verifique el inminente peligro por la lentitud del proceso ordinario o por la incapacidad del juez para proferir la orden necesaria para proteger el derecho, y someterlo a la vía

---

<sup>165</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección”.  
Ibíd.

<sup>166</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección” cita de Catalina Botero, *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano*. Pág. 106



ordinaria perjudicaría al derecho amenazado. En pocas palabras la acción de tutela colombiana es subsidiaria.

En base al último fallo podría decir que si bien es residual lo que se busca a más de la protección de derechos fundamentales, es que estos sean demostrados que realmente se alteraron o violaron sobre todo que el daño sea grave inminente, porque caso contrario, tranquilamente lo podría conocer la justicia ordinaria, pues como sabemos ella también administra justicia y sus normas también se remiten a la constitución, al igual que ella el único fin es garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales. En todo caso como manifiesta la Corte Constitucional Colombiana dependerá de cada caso, de cuáles son las retenciones del accionante, de los hechos, y aquí jugaría un papel extraordinariamente importante el juez, para dar o no paso a la acción de tutela.

## **República de Perú**

### **El Caso Peruano**

Quizás es el ejemplo más semejante a la realidad de nuestra acción de protección, es la restricción del amparo a un mecanismo de carácter residual fue impuesta por la ley, como lo señala el derecho comparado. En el Art 200 numeral 2 prescribe de la Constitución de la Republica de Perú.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.



En este artículo, como vemos no existe ninguna clase de restricción, pero en la Ley 28237 o Código Procesal Constitucional del Perú, se establecen las siguientes restricciones.

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;

Francisco Eguiguren Praeli, en alusión a las restricciones reguladas en el Código Procesal Constitucional Peruano, expresa:

*“[...] El Código Procesal Constitucional peruano sigue el camino de un amparo residual y excepcional, trazado en los casos argentino y colombiano, a fin de corregir las graves distorsiones producidas por la indebida utilización de este proceso constitucional en nuestro país, que llevaron a una ordinarización del amparo”<sup>167</sup>*

El Código Procesal peruano, mediante vía legal, ha convertido a la acción de amparo en residual y subsidiaria. Los métodos o técnicas legislativas utilizadas restringieron el ámbito de protección y la naturaleza de la acción de amparo previsto en el Art 200 de la Carta Fundamental. En este caso, restringe el acceso directo a una garantía sencilla, rápida y efectiva, convirtiendo en inconstitucional, pues es la ley que la restringe, no la propia

---

<sup>167</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinarización de la Acción de Protección”.  
Ibídem



constitución como en el caso de Argentina y Colombia,<sup>168</sup> manifiesta el derecho comparado.

Castillo Córdova, dice al respecto del Art 5 numeral 2 del Código Procesal Constitucional Peruano lo siguiente:

*“[...] vulnera las dimensiones subjetivas y objetivas del contenido constitucional del derecho, en tanto niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional del derecho que se pretende tutelar es manifiesta (dimensión subjetiva), y porque, lejos de promover la correcta y plena vigencia de ese derecho de acceso a los procesos constitucionales- lo restringe y dificulta de manera irrazonable (dimensión objetiva). [Adicionalmente, señala que] la norma cuestionada no es respetuosa del principio de proporcionalidad, pues la finalidad de esta medida consistente en lograr que los procesos constitucionales, en particular el amparo, no resulten desnaturalizados al ser empleados de modo indiscriminado no sería alcanzada mediante la previsión incorporada por el artículo 5 punto 2 del citado Código”<sup>169</sup>*

Como vemos, en los países de Argentina, Colombia y Perú, la acción de amparo o tutela es de carácter residual y subsidiaria, es decir que protegerá los derechos humanos siempre y cuando no exista otras vías para aquello, se demuestre que la vía más eficaz es mediante la acción de amparo o tutela, pero en el caso peruano lo hace de manera inconstitucional, pues la constitución le da un carácter o naturaleza, que no es respetada por la ley que lo regula, como lo expresa el derecho comparado.

---

<sup>168</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección”.  
Ibíd.

<sup>169</sup> Alarcón, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección”.  
Ibíd.



#### **4.2. Concepción de la Acción de Protección en la Constitución y su desarrollo en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.**

La Acción de Protección está regulada en el Art. 88 de la Constitución del Ecuador, que tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental, se interpone con la existencia de una vulneración de derechos constitucionales que en última instancia serán todos aquellos derechos necesarios para la dignidad humana.

Como se estudió anteriormente, gracias a nuestra Constitución, le da un carácter amplio, directo, universal, inmediato, sumario, oral, entre otras, siendo en primer plano una acción eficaz, para la protección de derechos humanos ante las violaciones de aquellos, ya sea por acciones u omisiones de las autoridades no judiciales o de los particulares cuando exista daño grave.

La Corte Constitucional Ecuatoriana al respecto señala:

*“[...] La acción de protección, como una de las garantías jurisdiccionales, no puede ser concebida para fundar o declarar derechos, sino para tutelar y reparar íntegramente cuando exista vulneraciones, ya sea por acción u omisión de las autoridades no judiciales o de los particulares. Por tanto, no cabe y resulta inoficioso demandar una acción de protección cuando los derechos no existen previamente reconocidos en la Constitución o frente a meras expectativas que no generen derechos, como se advierte en el Art 42 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional.”<sup>170</sup>*

---

<sup>170</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 013-13-sep-CC. Caso No 0991-12 EP. Jueces: Antonio Sánchez, Wendy Molina, Tatiana Ordeñana, Alfredo Ruiz, Ruth Seni, Manuel Viteri y Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>



Como vemos es una acción para proteger y tutelar derechos humanos, garantizados en nuestra Constitución, por ende no vemos que sea una garantía excepcional, residual, subsidiaria o heroica como lo es en Argentina y Colombia. Sino amplia y sin restricciones alguna.

La Constitución tiene principios, valores y normas, que rigen o colocan los parámetros en los cuales se desenvuelve, regula, contempla, ordena, al ordenamiento jurídico, garantizando la seguridad jurídica, para que así, nuestro Estado sea verdaderamente un Estado Constitucional, Garantista de Derechos y Justicia Social.

En base al Art 133 numeral 2 de nuestra Constitución, prescribe, las leyes orgánicas son las encargadas de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. La Carta Fundamental pretende que a través de la Ley Orgánica se desarrollen los elementos básicos para configurar el ejercicio del derecho del que se trate y sus garantías. Pero su margen de actuación es limitado. Las leyes orgánicas, se caracterizan por su rigidez formal, pero acompañada de una limitación material, en prevención al abuso que podría ocasionar la legislación orgánica al producir un mayor daño al ordenamiento que bloquee la posterior actuación del legislador.<sup>171</sup>

Además, las Leyes orgánicas tienen una reserva de ley que Claudia Storini nos explica de la siguiente manera:

*“[...] por un lado obliga al legislador a que sea el mismo quien regule el derecho, sin posibilidad de remitir esa regulación a la potestad reglamentaria; y, por otro, asegura que determinadas materias, consideradas singularmente relevantes, revistan una especial rigidez formal, de manera que la regulación de dichas materias, así como*

---

<sup>171</sup> Andrade ,Santiago. “La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones”. págs. 292, 293



*su modificación o derogación, precisen de una mayoría cualificada.[...]»<sup>172</sup>*

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es la encargada de regular la jurisdicción constitucional, para garantizar jurisdiccionalmente los derechos contemplados en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, garantizando la eficacia y supremacía constitucional. Además, es la encargada de desarrollar y normar conjuntamente con la Norma Normarum, las garantías jurisdiccionales y entre una de ellas, la Acción de Protección.

La Corte Constitucional Ecuatoriana, en uno de sus fallos expresa:

*“[...]De modo complementario, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone en el artículo 39 que esta garantía jurisdiccional tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por otras acciones constitucionales.”<sup>173</sup>*

Es decir la Acción de Protección estará al alcance de cualquier habitante del territorio Ecuatoriano, siempre y cuando se vulnere todos aquellos derechos reconocidos en la Carta Fundamental, y no se pueda interponer otra garantía jurisdiccional.

#### **4.2.1. Requisitos para presentar una Acción de Protección**

En base al Art 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional son los siguientes requisitos:

---

<sup>172</sup> Andrade, Santiago. “La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones”. Ibídem, pág. 291

<sup>173</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 0016-13-SEP-CC. Caso No 1000-12-EP. Jueces: Antonio Gagliardo, Marcelo Jaramillo, María del Carmen Maldonado, Wendy Molina, Tatiana Ordeñana, Alfredo Ruiz, Ruth Seni, Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>





**Violación a un derecho constitucional.-** Como hemos visto los derechos constitucionales son aquellos necesarios para el adecuado desarrollo de la dignidad humana o aquellos derechos esenciales. Por lo cual la demanda de Acción de Protección se dirigirá de forma frontal e inequívoca a la protección de derechos constitucionales, los tribunales o cortes constitucionales determinarán si no existe derecho humano vulnerado que tutelar en forma directa, no hay admisibilidad para las acciones de amparo o de protección. Al respecto la Corte Constitucional Ecuatoriana en su Sentencia de jurisprudencia vinculante No 001-10-JPO (R.O. No 351 de 29 de diciembre de 2009)

*“62.- Si vía acción de protección se impugna de manera exclusiva de la legalidad de acto, sin que conlleve vulneración de derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos jurisdiccionales ordinarios competentes, pero no a través de una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales”*

Por lo tanto la Acción de Protección requiere como elemento esencial para su admisibilidad, que el acto u omisión haya afectado al ejercicio de un derecho fundamental. Zabala Egas al respecto expresa:

*“Este es el objeto del proceso de jurisdiccional en materia de acción de protección y, por tanto, su existencia determina o no su calificación como admisible, pues, es lo que delimita, encuadra o enmarca materialmente el objeto del proceso constitucional y determina el juicio positivo de admisión de la demanda”<sup>174</sup>*

El Tribunal Constitucional del Perú, vía sentencia de 8 de julio de 2005, y contenida en el expediente 1417- 2005-AA-TC, expreso:

---

<sup>174</sup> Zabala, Jorge. “Comentarios a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control jurisdiccional y control constitucional.”. págs. 387, 388



*“[...] que todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental, solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.*

*La determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce”.*

Pablo Alarcón dice

*“[...] que el contenido esencial de un derecho fundamental o constitucional es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático del conjunto de bienes constitucionales en el que adquiere participación medular el principio – derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. Por estas razones, en la ponderación que se utilice para determinar la validez de tales límites cumplen un rol trascendental los principios de interpretación sistemática de la Constitución, y de concordancia práctica.”<sup>175</sup>*

En base a lo expuesto, claramente se deduce que lo fundamental para la admisibilidad de esta garantía jurisdiccional es la vulneración a bienes jurídicos con el rango de constitucionales, que guarda íntima relación con la concepción de dignidad humana. Es decir aquellos derechos esenciales para alcanzarla, lo cual no es cosa sencilla determinarlo, dependerá de cada caso y sobre todo se deberá acudir a los principios de interpretación sistemática de la Constitución, la ponderación, entre otros.

---

<sup>175</sup> Alarcón Pablo. Acción de protección: Garantías jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?. Pág.



Para diferenciar claramente entre derechos fundamentales y cualquier otro derecho, creo conveniente analizar las diferencias entre los derechos fundamentales con los derechos patrimoniales establecidos por Luigi Ferrajoli en su obra “Derechos Fundamentales y Derechos Patrimoniales”, que brevemente fue explicado por el Dr. Pablo Alarcón en su obra Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección:

**Universalidad y Singularidad.-** Los derechos fundamentales o constitucionales, como el derecho a la vida, derechos civiles, derechos políticos y sociales, como adquirir, disponer de bienes objetos de propiedad, son derechos universales, en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares.

Los derechos patrimoniales, como derecho de propiedad, reales y de crédito, son derechos singulares, pues exigen un titular determinado que excluye a los demás.

**Indisponibilidad, inalienabilidad, intransigibilidad.-** Características de los derechos fundamentales o constitucionales.

Los derechos patrimoniales, inherentes a la propiedad privada y a los derechos de crédito, son derechos disponibles por su naturaleza, negociables, alienables. Se adquieren, se vende se cambia.

**Estructura.-** Los derechos constitucionales, son contenidos axiológicos previstos en la Carta Fundamental, están plasmados en mandatos de optimización, como son los principios, carecen de supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica, ejemplo: derecho a la vida.

**Fuente.-** Los derechos constitucionales son de fuente Constitucional, los derechos patrimoniales, encuentran sustento en actos jurídicos de



tipo negocial y son predispuestos por la norma constitucional. Es decir, si bien se ejercen a partir de un derecho constitucional no son asimilables bajo ninguna circunstancia.

**Relaciones Horizontales y verticales.-** Los derechos constitucionales pueden involucrar relaciones horizontales y verticales, mientras que en los derechos patrimoniales u ordinarios, dichas relaciones son meramente horizontales.

Pero también la Corte Constitucional Colombiana manifiesta en su sentencia 999/03 en torno al tema lo siguiente:

*“La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se han identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.*

*“Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital - que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad-, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el*



*cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo.”<sup>176</sup>*

En este caso podré decir, que si recordamos los derechos fundamentales de Colombia son aquellos que expresa la Carta Fundamental de ese país tácitamente, en cambio nuestra Constitución es un Catálogo Abierto de Derechos es decir, todos los derechos son Constitucionales, lo rescatable es que los derechos económico o patrimoniales podrían ser amparados por la Acción de Protección, siempre y cuando aquellas personas pertenezcan a sectores vulnerables de la sociedad, o se afecte al mínimo vital o prácticamente, se afecte a la propia dignidad humana, o el daño realmente sea grave que afecte efectivamente a la persona.

**Acción u Omisión de autoridad pública o de un particular.-** La acción de protección tiene por objeto un acto que vulnera derechos fundamentales de las personas o que impide, altere o dificulte su ejercicio. Incluye los actos normativos o disposiciones de la Administración Pública, los actos o resoluciones administrativos y las vías de hecho, o mejor dicho todo acto es sus especies de acción u omisión, configurándose en ejercicio de una potestad pública o en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, vulnerándose directamente un derecho constitucional,<sup>177</sup> y en el caso de acción u omisión por un particular que cause daño grave.

Jorge Zabala, también nos dice en relación a nuestra Constitución, todo acto de autoridad pública, sea una política pública o emane de un particular. No interesa si el acto u omisión es normativo, administrativo, público, privado, resolución o vía de hecho, expreso o presunto, lo que sí, se exige es:

**a) Acto eficaz o que produzca efectos a terceros**

<sup>176</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1048 de 24 de octubre de 2008. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Magistrados: Alfredo Beltrán, Manuel Cepeda, Iván Escrucería.  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-1048-08.htm>

<sup>177</sup> Zabala, Jorge. Ibídem pág. 392



- b) Que sus efectos vulneren el ejercicio, intervenga, impida, obstaculice un derecho constitucional,

Los actos que vulneren derechos constitucionales pueden excluirse de la acción de protección, únicamente aquellos previstos en un procedimiento preferente previsto en la jurisdicción ordinaria, sea civil, laboral, social, penal, contencioso administrativo, entre otros.<sup>178</sup> O simplemente no se los excluya como el caso de los que deben ser conocidos por el Contencioso Electoral.

Al respecto de este punto el Tribunal Supremo Español expresa lo siguiente:

*“[...] los ciudadanos no pueden disponer de aquel proceso especial por la sola invocación de un derecho fundamental, debiendo los tribunales examinar su viabilidad, no ya solo por la facultad que les corresponde en orden a los presupuestos procesales exigidos para cada tipo de juicio, sino también para garantizar la concurrencia de los motivos que posibiliten el procedimiento determinando (amparo ordinario, nuestra acción de protección), pues, en otro caso, si se dejase al arbitrio del recurrente el acceso a esta vía procesal específica por la simple cita de un derecho fundamental, sería desnaturalizada, en su misma esencia, la prescripción constitucional”<sup>179</sup>*

### **Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado**

En base a lo expuesto por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No 0016-13-SEP dice: es una garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez **efectivamente verifique una real vulneración a derechos constitucionales**, es decir no existe otra vía para la tutela de

<sup>178</sup> Zabala, Jorge, Ibídem pág. 393

<sup>179</sup> Tribunal Supremo Español. Sentencia 14/8/1979. Citado en el libro de Zabala, Jorge. “Comentarios a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control jurisdiccional y control constitucional”.



esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. Por lo cual el juez es el encargado de analizar, cada caso en concreto, de fundamentarlo en base a los hechos, pretensiones del accionante y el derecho. El razonamiento que desarrolla la LOGJYCC, establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico serán debatidas en la esfera constitucional, pues en conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. Si el juez determina que son controversias de índole infra constitucional puede señalar la existencia de otras vías.

*“La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución. En tal sentido, para garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso se debe considerar siempre que según el artículo 76 numeral 3 de la Carta Suprema solo se podrá juzgar a una persona ante el juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio para cada procedimiento; y además, de acuerdo al artículo 169 ibídem, el sistema procesal constituye un medio para la realización de la justicia y por tanto, las normas procesales consagraran los principios de simplificación, uniformidad eficiencia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. En consecuencia, la acción de protección no sustituye los demás medios judiciales, pues en dicho caso la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa la Función Judicial.”<sup>180</sup>*

---

<sup>180</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 0016-13-SEP-CC. Caso No 1000-12-EP. ibídem



*“58(...) Segundo, (...) la acción de protección no procede cuando se refiere a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa (...)”<sup>181</sup>*

Por lo cual se concluye que la acción de protección no procede cuando el titular del derecho vulnerado pueda accionar una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en la vía ordinaria. Pues esta garantía jurisdiccional, para su admisibilidad dependerá de la alteración o no al derecho humano reconocido en la Constitución. Así se respeta la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución, garantizando el debido proceso y la seguridad jurídica.

En esta misma línea, la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia T-1048/08

*“La jurisprudencia de esta Corte ha estimado que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración”<sup>182</sup>*

Además Jorge Zavala manifiesta que una sentencia para negar la garantía jurisdiccional se basa sobre el fondo del litigio, en una ratio decidendi que debe integrar el principio de congruencia, a saber:

---

<sup>181</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana en su Sentencia de jurisprudencia vinculante No 001-10-JPO (R.O. No 351 de 29 de diciembre de 2009)

<sup>182</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1048 de 24 de octubre de 2008





1. Constatar, que el acto objeto del proceso vulnere un derecho fundamental.
2. Si el derecho vulnerado, está afectando en el ámbito protegido por la norma ius fundamental.
3. No incluir en el juzgamiento de admisibilidad hechos no narrados por el demandante.<sup>183</sup>

#### **4.2.2. Improcedencia de la Acción de Protección**

La Improcedencia de esta garantía jurisdiccional está regulada en el Art 42 de la LOGJYCC, y son las siguientes, además serán analizados en base a los criterios del Dr. Fabián Alarcón establecidos en su obra Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección:

#### **Cuando de los hechos no se desprenda una violación de derechos constitucionales**

Como hemos visto la Acción de Protección busca ser un amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, que en última instancia son todos aquellos necesarios, indispensables o esenciales para la dignidad humana, en virtud que nuestra Constitución es un Catálogo abierto de Derechos. Así, los derechos de origen legal, ordinarios o reales no encuentran protección dentro de esta garantía jurisdiccional, para ello está el ordenamiento jurídico ecuatoriano con sus mecanismos adecuados e inherentes a la justicia ordinaria. La correcta utilización de la garantía no solo depende del legislador o dimensión pragmática, sino también en la jurisprudencia constitucional o dimensión sociológica. Por lo tanto un juez tiene una importante misión en ver que realmente el derecho encuadre dentro de la

---

<sup>183</sup> Zabala, Jorge. *Ibíd* pag389



estructura de un derecho constitucional. Por lo cual este es un filtro regulativo y a mi criterio indispensable.

**Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación**

Nuestra Constitución y LOGJYCC, señala expresamente que la Acción de Protección es el amparo directo y eficaz por la vulneración a derechos constitucionales, es decir que se dio, que pasó, que ocasionó una perturbación, por lo cual su deber será cesar y reparar íntegramente el derecho. Pero en actos que cesaron y no tuvieron efectos, no tendría sentido, pues se va en contra de su razón de ser, pero sobre todo como se los demostraría, además la propia ley señale al menos que sus efectos se puedan demostrar o sus daños sean susceptibles de reparación, porque se puede demostrar y sus efectos continuarían en el tiempo.

Rafael Oyarte Martínez al respecto señala: “[...] *No será posible interponer esta acción constitucional frente a uno que no existe, es decir, que ha sido expulsado del ordenamiento jurídico positivo y que, por añadidura, no tiene efectos.*”<sup>184</sup>

**Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión.**

En base al Art 427 de la Norma Normarum, establece que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal más ajustable a la Constitución en su integridad, o al sentido más favorable, en caso de duda se respetará la voluntad del constituyente, de acuerdo a los principios generales de la interpretación constitucional. Es decir, se maneja preceptos o cánones únicamente constitucionales

---

<sup>184</sup> Alarcón, Pablo. “*Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección*”.  
Ibíd.



Al respecto de este tema la Corte Constitucional en su Sentencia No 045-11-SEP-CC, expresa:

Todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido hacia la protección de derechos constitucionales y legales; es evidente que ante la vulneración de derechos constitucionales no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar las causas, toda vez que este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales. Las garantías jurisdiccionales que se han previsto para la tutela de los derechos constitucionales deben buscar precisamente este fin, la protección de derechos constitucionales. Las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, argumentando que son cuestiones de legalidad, así como asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional a la justicia ordinaria.<sup>185</sup>

Por su lado, Jorge Zabala expresa que las cuestiones de legalidad no son objeto del proceso de protección de derechos fundamentales, pues aquellos se inscriben en procedimientos comunes u ordinarios que tutelan intereses protegidos por los derechos subjetivos.<sup>186</sup>

En cuanto a la constitucionalidad de una norma el único órgano encargado es la Corte Constitucional ecuatoriana.

Al respecto la Corte Constitucional Ecuatoriana manifiesta:

*[...] en aplicación del principio de la supremacía constitucional por lo dispuesto en el Art 424 de la Constitución, cuyo contenido establece que no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, incluida las sentencia. Es en razón de este imperio que el legislador impuso que todo acto de autoridad pública incluidos los*

<sup>185</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el Periodo de Transición. Sentencia No 045-11-SEP-CC. Caso No 0385-11-EP. Jueces: Luis Jaramillo, Alfonso Yunes, Ruth Seni, Nina Pacari, Manuel Viteri, Miguel Naranjo y Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>

<sup>186</sup> Zabala, Jorge, *Ibidem* pág. 388



*que ejercen jurisdicción en la Función Judicial, estén bajo el control de un órgano supremo en materia constitucional, para que sea este el que determine si los actos guardan conformidad o no con las disposiciones que consagran derechos y garantías constitucionales; de todo lo cual deviene que el alcance de la acción no es otro que dar protección a los ciudadanos contra eventuales actos violatorios de dichos bienes jurídicos como también declarar su violación, de haberla y disponer su reparación integral.<sup>187</sup>*

En la Sentencia No 45-11-SEP-CC, al respecto del tema manifiesta:

*La Corte Constitucional, desde la vigencia de la Constitución del 2008, asume el rol de garante de la constitución dirigido principalmente hacia la protección de los derechos, superando la mera aplicación de la legalidad por el análisis de constitucionalidad del asunto controvertido, en ejercicio de las competencias que la Carta Suprema le asigna a este organismo. En tal virtud, el Art 436 numeral 1 preceptúa: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.*

*El artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, lo hace en relación a todos los demás interpretes existentes, es*

---

<sup>187</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el periodo de Transición. Sentencia No 073-12-SEP-CC. Caso No 0683-10-EP. Jueces Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunes, Hernando Morales. Ruth Seni, Manuel Viteri, Patricio Pazmiño, Nina Pacari. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>



*decir, la Corte, en ejercicio de sus funciones, establece la interpretación jurídica final de la Constitución, con carácter vinculante.*<sup>188</sup>

La Corte Constitucional es el órgano encargado de controlar y velar para que nuestro estado realmente sea un Estado garantista de sus derechos y efectivamente los derechos sean efectivos y vividos por cada persona, en caso de ser impedido ejerza sus derechos constitucionales. Siempre será este órgano el encargado de velar para que las leyes estén de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

Dentro de la misma sentencia además se explica:

*Esta competencia de la Corte Constitucional se encuentra direccionada precisamente para: 1.- Suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica en la hermenéutica del sistema jurídico ecuatoriano y dotar de coherencia en la aplicación del mismo; 2.- Restringir arbitrariedades en la aplicación en materia de derechos y garantías jurisdiccionales; 3.- Asegurar la vigencia del principio de igualdad y seguridad jurídica, toda vez que ante una situación igualdad fáctica, debe garantizar la existencia de un criterio común.*<sup>189</sup>

Por lo tanto este órgano de control garantiza la constitucionalidad de la norma, verifica su legalidad, para garantizar la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

**Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.**

En cuanto a esta restricción vemos una incongruencia, pues la limita a los actos de autoridad pública, la LOGJYCC habla de acto administrativo, y

---

<sup>188</sup> Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición. Sentencia No 45-11- SEP-CC. Caso No 385-11- EP. Jueces: Luis Jaramillo; Alfonso Yunez; Ruth Seni; Nina Pacari; Manuel Viteri; Miguel Naranjo y Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>

<sup>189</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 45-11- SEP. Ibídem



nuestra Constitución hace referencia a la procedencia plena de la acción respecto a actos u omisiones de cualquier autoridad que no sea judicial, la ley termina por desechar la protección de la misma respecto a actos administrativos. Esta restricción ya estaba contemplada por los extintos Tribunales Constitucionales del país en alusión a la antigua acción de amparo constitucional. En la actualidad a pesar de la nueva garantía jurisdiccional de derechos constitucionales en la Carta Fundamental, se descarta de plano la necesidad de acreditar violaciones a derechos subjetivos, es decir, existe una prohibición de procedencia de la acción a una categoría de actos que podrían generar violaciones a derechos constitucionales.

La intención del legislador parece evitar la yuxtaposición entre la acción de protección y el recurso subjetivo o de plena jurisdicción contenciosa administrativa, para lo cual Pablo Alarcón manifiesta, que sólo bastaba con las restricciones de los numerales 1 y 3 del Art 42 de la LOGJYCC. Pues aquellas regulan aspectos de mera legalidad y a los que no afecten a derechos constitucionales.

Otro efecto de esta restricción, se seguirá en la vía judicial y luego será conocida por la acción extraordinaria de protección en el caso de no haberse respetado el debido proceso.

Es preocupante manifiesta Alarcón, pues si se vulnera derechos constitucionales por medio de los actos administrativos, el accionante deberá demostrar que no existe otra vía judicial efectiva para tutelar su derecho. Además se corre otro riesgo, pues en el numeral 4 del Art 42 de la LOGJYCC, no dice nada del agotamiento de vías judiciales, podría darse el caso que los jueces inadmitan la acción a pesar de demostrar la vulneración de derechos, pero no se haya agotado las vías judiciales. Lo cual en la práctica sería algo riesgoso, pues se daría una vulneración clara de derechos constitucionales.



Con aquello se estaría obligando a acudir a un mecanismo de protección judicial ordinario, con formalidades o a demostrar que las vías ordinarias no son adecuadas o eficaces, no se estaría cumpliendo con una adecuada administración de justicia.

Otro punto importante es saber cuáles son los parámetros, para determinar si una vía es eficaz, es algo complejo nos dice Alarcón, y discrecional que podría determinar en arbitrariedad. Es así, el Art 23 del COFJ reza: los jueces y juezas tienen el deber fundamental de garantizar la tutela efectiva de los derechos declarados en la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes. Además resolverán siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. El Art 20 de dicho cuerpo normativo prescribe que la administración de justicia será rápida y oportuna. En pocas palabras, la justicia ordinaria también velaría por un debido proceso constitucional, la diferencia sería el tiempo, los derechos a conocer, la forma de conocimiento, pero sobre todo la gravedad o daño causado marcaría la diferencia entre una y otra jurisdicción.

Con el numeral 4 del Art 42 de la LOGJYCC nos manifiesta Alarcón, se va en contra de algunos art de nuestra Constitución. Pues nuestro país es un Estado constitucional de derechos y justicia, para el ejercicio de los derechos o garantías constitucionales no se exige condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o ley.

**Art. 11.- Numerales:**

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.



8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

El Art 75 de nuestra Constitución consagra toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia, a una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e interese. En base al art 11 numeral 4, toda norma debe estar en concordancia a la Carta Fundamental y no restringirle como lo está haciendo en este caso la LOGJYCC.

Por otro lado, la Corte Constitucional Ecuatoriana manifiesta en su Sentencia No 070-12-SEP-CC

*[...] que todo acto administrativo es susceptible de impugnación por la vía judicial, derecho de oposición desarrollado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, cuerpo normativo que ha previsto el denominado recurso objetivo o de anulación por exceso de poder.<sup>190</sup>*

Dentro de esta misma sentencia, manifiesta que el legislador ha establecido normas previas, claras que regulan y especifican la vía judicial correspondiente, el procedimiento adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. El art. 31 del Código Orgánico de la Función Judicial contempla el principio de impugnación para otras autoridades e instituciones del Estado, distintos a los que ejercen jurisdicción, en el que se reconozca, declare, establezca, restrinja o suprima derechos, que no sean decisiones jurisdiccionales, como actos de la Administración Pública o tributaria impugnables en sede judicial. En la Ley de la Jurisdicción Contenciosa

---

<sup>190</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el Periodo de Transición. Sentencia No 070-12-SEP-CC. Caso No 874-11-EP. Jueces: Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Ruth Seni, Edgar Zarate, y Patricio Freire. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>





Administrativa en su art. 217 establece que corresponde a los jueces que integran las Salas de lo Contencioso Administrativo, conocer y resolver las controversias que se susciten entre la administración pública y los particulares ya sea por violación de normas legales como de derechos individuales, expresados en actos o hechos administrativos, así como, conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley; y revisar la legalidad de los actos y hechos administrativos.

El juez, en su condición de administrador de las normas se le confía la función de proteger y hacer respetar los derechos dentro de los lineamientos de organización de la estructura social, que la conforman y sobre la base de la Constitución. Que a mi parecer, de forma indirecta cumpliría con los preceptos constitucionales, pues toda sentencia debe ser guiada por los preceptos, que reza nuestra Carta Fundamental, pero sobre todo garantizando la tutela efectiva de los derechos, el debido proceso y bien fundamentado, caso contrario será nulo o no gozara de eficacia jurídica.

### **Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho**

En el caso de la acción de protección no se declara un derecho, pues aquellos están ya declarados en la Constitución, en virtud que todas las personas por el simple hecho de ser parte de la comunidad humana, contamos con derechos inherentes, esenciales, fundamentales para nuestra dignidad humana, como prescribe el Art 88 de nuestra Carta Fundamental el objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, y las garantías jurisdiccionales no otorga derechos, si no los protege.



### **Cuando se trate de providencia judicial**

En este caso la acción que se debe interponer es la acción extraordinaria de protección, pues busca el aseguramiento y efectividad de los derechos y garantías fundamentales, para evitar perjuicios irremediables, cuando los jueces han violado normas fundamentales, sea por acción u omisión, en una sentencia, auto o resolución en ejercicio de su actividad jurisdiccional.<sup>191</sup>

En base a la Sentencia No 192-12-SEP de la Corte Constitucional Ecuatoriana, dice que en el Art 437 de nuestra Carta Fundamental, establece que la acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos o resoluciones firmes o ejecutoriadas, es decir, decisiones judiciales sobre las cuales ya no caben recursos ordinarios ni extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional Ecuatoriana, en la Sentencia N109-12-SEP-CC

*La acción extraordinaria de protección consiste en que la vulneración de derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso no queden en la impunidad, por lo que asumiendo el espíritu tutelar de la vigente Carta Fundamental, mediante esta acción excepcional se permite que las sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas puedan ser objeto de revisión por parte del más alto órgano de control constitucional en el país como es la Corte Constitucional, la que está llamada a cumplir dos objetivos fundamentales: salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional, y proteger los derechos, garantías y libertades públicas.*<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana. Sentencia No 192-12-SEP; Caso No 1225-11-EP. Jueces: Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunes, Hernando Morales, Nina Pacari, Ruth Seni, Manuel Viteri, Edgar Zarate y Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>

<sup>192</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el Periodo de Transición. Sentencia No 109-12-SEP-CC. Caso No 0246-10-EP. Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunes, Hernando Morales, Ruth Seni, Fabian Sancho, Manuel Viteri, Edgar Zarate y Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>



Y en la Sentencia No 033-12-SEP-CC de la Corte Constitucional Ecuatoriana expresa:

*La acción extraordinaria de protección procede exclusivamente en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencias que se hallen firmes o ejecutoriados, y en esencia, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, por medio de esta acción excepcional, solo se pronunciara respecto a dos cuestiones principales la vulneración de derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso.<sup>193</sup>*

**Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y puede ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral**

Tanto actos como omisiones que provienen del Consejo Nacional Electoral, órgano administrativo de la función electoral, o del Tribunal Contencioso Electoral órgano jurisdiccional de la función electoral, al vulnerarse derechos constitucionales no podrá interponerse esta garantía jurisdiccional en virtud que cuenta con procedimiento propio y competencia dada a un órgano específico.

**4.3. Efectos de la Acción de Protección en virtud de su regularización en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.**

Al tratarse esta tesis sobre la Eficacia de la Acción de Protección en relación a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, analizaré lo que implica eficacia.

---

<sup>193</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el Periodo de Transición. Sentencia No 033-12-SEP-CC. Caso No 0293-10-EP. Jueces: Hernando Morales



Según la Real Academia de la Lengua Española manifiesta que es: Capacidad de lograr el efecto que se desea o espera.<sup>194</sup>

Eficacia: Cualidad de aquello que consigue el resultado esperado<sup>195</sup>

Es decir para saber si algo es eficaz o no depende si aquello cumple con la misión para lo cual fue creada.

A partir de aquello empezará el siguiente análisis.

La Acción de Protección en base a lo establecido en el art 88 de la Constitución y 39 de la LOGJYCC, el objeto de esta garantía jurisdiccional es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos, como derecho del buen vivir, derechos de la persona, grupo de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, entre otros. En caso de que se constate que realmente se dio la vulneración de derechos constitucionales, el juez ordenará su reparación integral, pues en caso de amenazas el recurso adecuado son las medidas cautelares.

Como vemos la Acción de Protección, es una garantía jurisdiccional concebida como un derecho para activarlo ante la vulneración de derechos constitucionales en nuestra Norma Normarum, pero regulada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Siendo esta última la encargada de viabilizarla, para que cumpla con su objetivo.

Como hemos estudiado anteriormente, nuestra sociedad se rige por un ordenamiento jurídico que responde a las realidad de nuestro país, pues regula todas aquellas situaciones, para que tanto Estado y sociedad vivan en armonía, con reglas claras, anticipadas de convivencia, garantizando

---

<sup>194</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=eficacia>.

<sup>195</sup> Martí, Isabel editora. Diccionario Enciclopedia. España: Editorial Ceacñ,2013



seguridad jurídica, y la tutela efectiva de cada derecho consagrado en su diversidad de normas garantizando el debido proceso.

Pero, todo este ordenamiento jurídico está sometido a los parámetros establecidos por la Constitución de la Republica, siendo la norma suprema, a la cual se remite toda norma y actividad estatal.

Es así, nuestro ordenamiento jurídico es como una pirámide, a la cúspide la Constitución y todas las normas se remiten a su inmediata superior. Tiene una estructura jerárquica, como en cadena que concede su validez, la base de una norma permite la creación de otras normas, se da una ordenación jerárquica, todas en concordancia una con otra, por ende tiene concordancia con la norma suprema, es decir siguen sus precepto, por ende todo el ordenamiento jurídico desarrolla los principios, valores y normas constantes en la Constitución, a más de respetarlos y remitirse a ellos.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es la encargada de desarrollar las garantías jurisdiccionales, en virtud de los principios, valores y normas constitucionales, es la encargada de dar viabilidad a la Acción de Protección. En tal virtud en sus del art 39 al 42 la desarrolla. En el Art 42 encontramos tanto filtros de regulación como también inconstitucionales, como lo señala el Derecho Comparado y el Dr. Pablo Alarcón. Los numerales 1, 2, 3, 5, 6 son filtros que permiten su adecuada regulación para que cumpla su objetivo, y realmente sea una acción constitucional, pero sobre todo un proceso eficaz y rápido. En cuanto al numeral 7 simplemente esta fuera de esta acción. Pero el conflicto existe en el numeral 4.

Es así, que gracias al Art 42 de la LOGJYCC numeral 4 y el Art 40 numeral 3, le da el carácter de residual a nuestra Acción de Protección, e inconstitucional, por ser una ley que le da un nuevo carácter a esta acción



diferente a la conferida por la Norma Normarum, en base a los criterios antes mencionados.

Por ello la Corte Constitucional Ecuatoriana en la Sentencia N70-12-SEO-CC expresa:

*La acción de protección constituye una garantía jurisdiccional para la protección de derechos constitucionales, cuyo objeto es “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”, conforme lo dispone el artículo 88 de la Carta Suprema de la República. La acción de protección se puede interponer “cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial” de ello se infiere que los únicos requisitos exigibles para su procedencia son: 1) Existencia de acto u omisión de autoridad pública no judicial, o de particular en los casos previstos en la citada norma constitucional; y 2) Que tal acto u omisión vulnere derechos constitucionales.*<sup>196</sup>

En base a nuestra Carta Fundamental, para que proceda la Acción de Protección, es necesario que por una acción u omisión de una autoridad pública no judicial o de particulares en los casos previstos en la LOGJYCC, lo fundamental es la vulneración de derechos constitucionales.

La Corte Constitucional Ecuatoriana manifiesta en su Sentencia No 070-12-SEP-CC:

*El legislador al expedir la cita Ley, agregó como requisito para la procedencia de la acción de protección, la “inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial” (art. 40 numeral 3 LOGJYCC); es decir, con dicha norma legal ha convertido a la acción de protección en una acción de carácter residual, desnaturalizando el carácter de **preferente y***

---

<sup>196</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el Periodo de Transición. Sentencia No 070-12-SEP-CC. Caso No 874-11-EP. Ibídem



***sumario para la protección de derechos que a la referida acción - le otorga la Constitución; además, al expedirse la norma legal no tomó en consideración el artículo 84 de la Carta Magna, que imperitamente dispone: “...En ninguno caso, la reforma de la Constitución las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentaran contra los derechos que reconoce la Constitución”<sup>197</sup> (la negrita y el subrayado me corresponde)***

Además, la Corte Constitucional Ecuatoriana en este fallo manifiesta que en el caso de vulnerar derechos constitucionales, debidamente manifestados, la mejor vía es la acción de protección, ya que al tratarse de esta clase de derechos, su trato en la vía ordinaria los convertiría en simple derechos, y el amparo ecuatoriano quedaría supeditado al agotamiento de los recursos en la vía ordinaria.

Por otro lado en la Sentencia No 0757-10-EP, la Corte Constitucional Ecuatoriana expresa:

*“En un Estado Constitucional de Derecho y Justicia como es el caso del Ecuador, el juez ordinario también es un juez constitucional, en la medida que debe respetar los derechos garantizados por la Constitución y aplicarlos de una forma inmediata y directa tal como lo establece el artículo 11 número 3 que ordena: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (...)”; en este sentido, se hace necesario que las normas constitucionales se respeten en todas las instancias y etapas de los procesos judiciales*

---

<sup>197</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana para el Periodo de Transición. Sentencia No 070-12-SEP-CC. Caso No 874-11-EP. Ibidem.



*tanto en materias ordinarias como en los procesos de garantías jurisdiccionales”.*<sup>198</sup>

Con este fallo entendemos que en todas las instancias se estaría garantizando los derechos constitucionales en todas las instancias. Pero en base al Derecho comparado la LOGJYCC, olvida las normas expresas de nuestra Constitución, por ende es inconstitucional, al restringir el ámbito de protección, e ir en contra de su naturaleza. Por tal razón nuestra acción de protección sería similar al amparo Peruano, pues en su Código Procesal Constitucional en su art 2 numeral 2 establece similares restricciones que nuestra LOGJYCC a lo que Luis Castillo Córdova manifiesta.

*[...] vulnera las dimensiones subjetiva y objetiva del contenido constitucional del derecho, en tanto niega la facultad de acceso incluso cuando la violación del contenido constitucional del derecho que se pretende tutelar es manifiesta (dimensión subjetiva), y porque, lejos de promover la correcta y plena vigencia de ese derecho – de acceso a los procesos constitucionales – lo restringe y dificulta de manera irrazonable (dimensión objetiva).<sup>199</sup>*

En Perú se da para evitar el congestionamiento de amparo y su ordinarización, pero no es justificable, razonable ni constitucionalmente válido, menos aún, cuando pueden convertir al aparato jurisdiccional en cómplice de violaciones a derechos fundamentales, a partir de una restricción de carácter formal y exegética, así es como lo manifiesta Pablo Alarcón en su tesis “*Acción de protección garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?*”; con respecto al caso peruano.

<sup>198</sup> Corte Constitucional Ecuatoriana. Sentencia No 0757-10-EP. Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunes, Hernando Morales, Ruth Sení, y Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>

<sup>199</sup> Castillo Luis “El amparo residual en el Perú, Justicia Constitucional”. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año1, No.2 Lima. 2005, citado en la tesis de Alarcón Pablo: “*Acción de protección garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?*” .pag 71





Néstor Pedro Sagüés en relación a la residualidad del amparo manifiesta al respecto

*[...] Se desnaturaliza tanto al Amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre, arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso*<sup>200</sup>

En base a lo expuesto por Sagüés, se diría que son necesarias las regularizaciones, por el amplio campo de aplicabilidad que tendría la Acción de Protección gracias a nuestra Constitución, pero las restricciones cambian su naturaleza y alcance constitucional convirtiéndola en inconstitucional.

*[...] la acción de protección está íntimamente conectada al amparo de derechos constitucionales, y no de orden legal u ordinario. Bajo esos parámetros, resulta innecesario someter al afectado al agotamiento de recursos judiciales o administrativos. Cada proceso tiene su propia naturaleza, su propio ámbito de protección, su propio fin, y es deber de la justicia constitucional y ordinaria determinar a partir de sus fallos las circunstancias bajo las cuales cada una de ellas debe operar.*<sup>201</sup>

En el Art 43 numeral 3 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de Transición en Ecuador, vigente antes de entrar en vigencia la LOGJYCC, en cuanto a la subsidiariedad reza lo siguiente:

**Art 43** Principio de aplicación de las garantías jurisdiccionales:

**3. No subsidiariedad.-** No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones

<sup>200</sup> Alarcón, Pablo. "Acción de protección garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?". Pág. 73

<sup>201</sup> Alarcón, Pablo. "Acción de protección garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?". pág. 74



ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Está en relación con el inciso tercero del Art 86 de la Constitución Colombiana:

3. [...] *Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

En pocas palabras le han dado un carácter subsidiario, pero en el caso colombiano es conforme a la constitución. Pero como vimos en fallos anteriores, podemos decir que en nuestro país “la *acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución.*”<sup>202</sup>. En sí, la acción busca reparar íntegramente los derechos constitucionales cuando estos son vulnerados.

Por ende, no solo se estaría vulnerando un derecho constitucional, sino también uno consagrado en el derecho internacional, como se señaló anteriormente, un derecho fundamental, pues toda persona tiene el derecho fundamental a tener un recurso sencillo y rápido ante la vulneración de sus derechos humanos.

En base a lo expuesto la Acción de Protección mediante la LOGJYCC estaría cambiando o desnaturalizando lo contemplado en la Constitución como lo sostienen el Dr. Alarcón y el derecho comparado.

---

<sup>202</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 0016-13-SEP-CC. Caso No 1000-12-EP. ibídem



**4.4. Análisis Estadístico las Acciones de Protección de los años 2010, 2011, 2012 y 2013 hasta el mes de septiembre del año en curso de los Juzgado Primero Laboral, y Juzgado Segundo Principal de Transito del Azuay y Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca.**

Análisis en tres juzgados para poder determinar en base a qué criterios se concede o no las diferentes Acciones de Protección.

**Juzgado Primero de lo Laboral del Azuay**

**Año 2010**

**Causa: 03-2010**

No se concede la Acción de Protección interpuesta por Adrián José Reyes en contra del Econ. Fernando Guijarro en su calidad de Director General del IESS, por no configurarse los elementos para plantear esta acción en base al Art.88 de la Constitución.

**Causa: 31-2010**

No procede la Acción de Protección interpuesta por Ruth Patricia Quezada en contra de la Ilustre Municipalidad de Cuenca, por existir otras vías en las cuales se puede impugnar el acto administrativo.

**Causa 180-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por José Ilario Rivera Lojano, Froilán Samuel Orellana Prado y José Lizardo Bermeo Prado, en contra de la Universidad de Cuenca, por existir una vía judicial para impugnar el acto administrativo.



**Causa 268-2010**

Procede la Acción de Protección planteada por María Augusta del Pilar Luzuriaga, en contra de la Universidad de Cuenca, por vulnerarse derechos constitucionales y resguardar la seguridad jurídica.

**Causa 370-2010**

Procede la Acción de Protección, planteada por Gladys María Gordillo Morocho en contra de Intendente de Policía del Azuay y Teniente Político por vulnerarse derechos constitucionales y en este caso en particular por a verse vulnerado el debido proceso y al derecho de la información.

**Causa 398-2010**

No Procede la Acción de Protección planteada por Nelson David Portilla Zurita, en contra de la Ilustre Municipalidad de Cuenca por existir otra vía de impugnación del acto administrativo.

**Causa 525-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Hortensia Eduvigis Ordóñez Romero, en contra de la Universidad de Cuenca, por no demostrar que se han violado derechos constitucionales y no haber agotado la vía ordinaria ni demostrar que esta no es eficaz.

**Causa 586-2010**

Procede la Acción de Protección planteada por Alicia Matilde Galarza Zabala en contra del Ministerio de Educación, por haberse vulnerado derechos constitucionales en especial el derecho a la igualdad, pues a igual trabajo igual remuneración.



## **Año 2011**

### **Causa 12-2011**

Procede la Acción de Protección presentada por Jaime Leonardo Crespo Márquez en contra de la Policía Nacional de Cuenca, por haberse vulnerado el debido proceso, y para resguardar la seguridad jurídica.

### **Causa 154-2011**

No procede la Acción de Protección presentada por Jorge Eljuri Antón en contra de del Ing. Juan Arévalo Zambrano Subsecretario Regional de la Demarcación Hidrográfica del Jubones, por existir otro medio para impugnar el acto administrativo.

### **Causa 245-2011**

Procede la Acción de Protección presentada por Ángel Gustavo Cadme Cardenas, en contra del Dr. Javier Pena Aguirre en su calidad de Subsecretario Regional de Minas Centro Sur (Zona 6), por violación al derecho a la defensa y al debido proceso.

### **Causa 288-2011**

Procede la Acción de Protección presentada por Gustavo Arguello Carrión en contra del Coronel Oswaldo Ramírez Palacios, en su calidad de Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Cuenca y Presidente del Consejo De Administración y Disciplina y Representante Legal de la Institución, por vulnerarse el debido proceso y el derecho a la defensa.

### **Causa 461-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Julia Hilda Torres Córdova, en contra del IESS, por que el acto impugnado tranquilamente puede conocer los jueces de lo Contencioso Administrativo.



### **Causa 503-2011**

No Procede la Acción de Protección planteada por Galo Ramiro Ramos Abril en contra de la Municipalidad de Cuenca, puesto que el acto puede ser conocido en la vía Contenciosa Administrativa.

### **Causa 617-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Juan Fernando Jiménez en contra del Ministerio de Turismo y Ministro de Turismo, pues el acto puede ser impugnado en la vía contenciosa administrativa.

## **Año 2012**

### **Causa 39-2012**

No procede la Acción de Protección presentada por Silvia Maritza Muñoz Flores en contra del Dr. Julio Cabrera Rector del Colegio “Nacional Nulti”; Dra. Gloria Vidal Ministra de Educación; Licdo Alejandro Quilambaqui, Director Provincial de Educación, porque no se demostró que se vulneró los derechos constitucionales y eran actos que se podrían impugnar en la vía administrativa y además eran asuntos de mera legalidad. En resumidas no procede por estar dentro de las causales de inadmisibilidad del Art 42 numerales: 1, 3 y 4.

### **Causa 63-2012**

No procede la Acción de Protección propuesta por Luz Imelda Pugo Paute y Xavier Ramiro Pugo Pérez en contra de Bolivar Tenempaguay Aucapiña, Elvia Chuchuca Quito, Julia Chuchuca Quito y Juan Paute Chuchuca, por no haber violación de derechos constitucionales como lo dispone el Art 88 de la Constitución.

### **Causa 549-2012**

No procede la Acción de Protección planteada por Jaime Zhapan Pealez en contra de Municipalidad Mancomunada de Residuos sólidos y Aseo Integral-



Emamaicp-EP, Junta Parroquial de la Parroquia Zhinmad, Diego Montesdeoca y Luis Neira Calle, por falta de competencia, pues los hechos corresponden al cantón Gualaceo, enmarcados dentro del Art 86 numeral 2 de la Constitución.

### **Año 2013**

#### **Causa 129-2013**

Procede la Acción de Protección presentada por Gustavo Edmundo Gonzales Ordoñez, en contra de la Municipalidad de Cuenca, porque realmente se violó los derechos constitucionales al trabajo digno y la estabilidad laboral. Y se demostró cabalmente que se cumplió el Art 40 numeral 1, Art 41 numeral 1 y el Art 42 numeral 4.

#### **Causa 278-2013**

No procede la Acción de Protección planteada por Marco Antonio Cadena Mueses en contra de ADAPAUSTRO S.A., Boris Paul Coellar, Director Distrital de Cuenca del Servicio Nacional de Aduanas, Galo Salamea, por existir una vía más acta para resolver el asunto.

### **Juzgado Segundo Principal de Tránsito del Azuay**

### **Año 2010**

#### **Causa 001-2010**

No procede la Acción de Protección presentada por María Rebeca Quishpe en contra de Guillermo Quishpe Pérez, pues no existe la vulneración a derechos constitucionales, pues no ha demostrado con precisión la existencia de un acto u omisión que tengo como resultado la violación de derechos constitucionales y al ser un eminentemente jurídico, dentro del campo penal pues debería ser analizado y resuelto por el juez competente.



### **Causa 26-2010**

Procede la Acción de Protección presentada por Fernando Miguel Castillo en contra del Colegio Nacional Técnico Guillermo Mensi, pues realmente se dio la vulneración de derechos constitucionales como es el de igual trabajo igual remuneración.

### **Causa 059-2010**

No Procede la Acción de Protección presentada por Arturo Vázquez, Ariolfo Arce y Estela Serrano en contra del Municipalidad de Cuenca, pues no se vulnera derechos constitucionales, sino que la vulneración está dentro del ámbito administrativo.

### **Causa 070-2010**

Procede la Acción de Protección presentada por Ernesto Vicuña Trelles en contra de la Universidad Técnica de Machala por haberse violado efectivamente los derechos constitucionales, porque de forma injustificada no cumple la institución de pagar la pensión jubilar adecuadamente, por lo cual no solo vulnera derechos adquiridos como es el pago de la Jubilación, además vulnera el derecho a una vida digna.

### **Causa 100-2010**

No procede la Acción de Protección presentada por Andrea María Orellana Duran en contra de la Directora de Educación del Azuay Carmen Judith Rodríguez Saltos, por no violarse derechos constitucionales, pues no ha sido posible evidenciar alguna acción u omisión ilegítima, inconstitucional y arbitraria por parte del accionado.

### **Causa 108-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Sonia Elizabeth Lucero Castro en contra de la Universidad de Cuenca, por tratarse de asuntos de mera legalidad.





### **Causa 114-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Gustavo Israel Chaglla Salazar en contra del Jefe del Registro Civil del Azuay, Lcdo Jorge Narvaez Rojas, por no haberse vulnerado ningún derecho constitucional, pues toda persona si tiene derecho a su filiación.

### **Causa 131-2010**

Procede la Acción de Protección planteada por la Defensoría del Pueblo del Azuay, Dr. Julio Andrés Andrade Ávila Procurador Judicial, en contra de Paul Efraín Vásquez, Representante de COLINEAL Corporación Cia. LTDA., para proteger los derechos fundamentales como el derecho a la salud, el derecho a vivir en un ambiente sano, garantizando el buen vivir, a un ambiente seguro y saludable.

### **Causa 149-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Marco Antonio Muñoz Valle en contra del Comandante de Policía del Azuay No 6, Dr. Edmundo Merlo Maldonado, por haber cesado el daño, ya que esta acción se plantea cuando el daño es inminente.

### **Causa 172-2010**

Procede la Acción de Protección planteada por Mónica Elizabeth Sacoto Coello en contra del Consejo de la Judicatura, por a verse vulnerado el principio a la igualdad y darse discriminación, y haberse violado a los derechos constitucionales.

### **Causa 188-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Amada Delgado Jara, Teresa Cabrera Villacís, Dolores Pineda, Mercedes Piedra, Olga Guillen en contra de la Dirección Provincial de Educación por ser un acto que debe ser resuelto en la vía administrada.



### **Causa 216-210**

No procede la acción de protección planteada por Nardo Vinicio Sarmiento Sarmiento en contra del Servicio de Rentas Internas, pues el acto debe ser conocido en sede administrativa, y no se reconoce ninguna clase de derechos y no existe la vulneración de derechos constitucionales.

### **Año 2011**

#### **Causa 51-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Jorge Vicente Peláez y Oscar Manuel Quito Vasconez en contra de la Empresa Eléctrica CENTRO SUR., por no a verse demostrado la vulneración de derechos constitucionales.

#### **Causa 107-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Paul Alberto Vásquez Illescas en contra de la Municipalidad del Cantón Cuenca, por no a verse demostrado la violación a derechos fundamentales.

#### **Causa 130-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Arcecio Teodora Moroco Pasaca en contra del Gremio de Maestros Artesanos de la Madera y Conexos del Azuay, por no haberse vulnerado derechos constitucionales ni está dentro de los presupuestos para la presentación de una acción de protección contra particulares.

#### **Causa 178-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Juana Nelly Miranda Miranda en contra de Paul Coellar, Director Distrital Cuenca, Servicios Nacional De Aduanas del Ecuador, pues un acto que puede ser impugnado y conocido por lo contencioso administrativo.



## **Año 2012**

### **Causa 175-2012**

No procede la Acción de Protección planteada por Welinton Miguel García Gavilanes en contra del Honorable Consejo Superior de la Policía Nacional, Ministro del Interior, Hugo Marcelo, José Serrano Salgado, pues el acto puede ser impugnado en la vía contenciosa administrativa.

## **Año 2013**

### **Causa 46-2013**

No procede la Acción de Protección planteada por Diana Azucena Segarra Granda en contra del Director Provincial de Salud del Azuay, Marco Vinicio Freire Argudo, Ministra de Salud Mafla Carina Vance, pues no se vulnera los derechos constitucionales.

### **Causa 129-2013**

No procede la Acción de Protección planteada por Bella América Cabrera Heras en contra de Augusto Espinoza, Ministro de Educación, por no haber una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales.

## **Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca**

## **Año 2010**

### **Causa 02-2010**

Procede la Acción de Protección planteada por Gustavo Adolfo Paute Paredes en contra del Instituto de Seguridad Social. Por existir vulneración de derechos constitucionales, con respecto a la serie de contratos celebrados entre el accionante y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a la estabilidad laboral que conlleva a una estabilidad emocional,



familiar y social, que ha llevado a la vulneración de garantías constitucionales como la estabilidad laboral, seguridad jurídica.

#### **Causa 96-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Juan Santiago Bernal Orellana en contra del Colegio Nacional Técnico Chiquintad, Dra. Rosario Esperanza Ayora Gualpa, por no verse vulnerado derechos constitucionales y sobre todo por existir una vía adecuada para reclamar el derecho.

#### **Causa 166-2010**

Procede la Acción de Protección planteada por María de Lourdes Gómez Alvacora en contra del IESS, Econ. Fernando Guijarro Cabezas, por existir vulneración de derechos constitucionales, pues se ha vulnerado derechos al trabajo, a una vida decorosa y digna, a la seguridad social, a la estabilidad laboral que conlleva a una estabilidad emocional familiar y social y por haberse violentado la convocatoria al concurso, que ha llevado a la vulneración de garantías constitucionales como la igualdad y la no discriminación.

#### **Causa 226-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Aníbal Luzbel López Abad y Yaskara Graciela López Cordero, por tratarse de providencias judiciales.

#### **Causa 301-2010**

Procede la Acción de Protección planteada por Carmita Narcisa Vázquez Pauta en contra del IESS, en virtud que se vulnero derechos constitucionales como derechos al trabajo, a una estabilidad emocional, familiar y social, que ha llevado a la vulneración de garantías constitucionales como la estabilidad laboral, seguridad jurídica.



**Causa 352-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Lucia Ortega Gualpa en contra del IESS. En virtud que no existió vulneración de derechos constitucionales.

**Causa 420-2010**

No admiten la demanda planteada por Darwin Giovany Caiza Guaman en contra de la Fiscalía de la Unidad Técnica de Asistencia Primaria Pública del Azuay, en virtud que no se violó derechos constitucionales y el acto puede ser impugnado en la vía contenciosa-administrativa.

**Causa 469-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Jorge Giovanny Bermeo Otavalo en contra del Jefe de Título Habilitantes de la Comisión Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Director de la Comisión de Transito del Azuay, por no verse violado derechos constitucionales y porque el acto puede ser impugnado en la vía contenciosa administrativa.

**Causa 495-2010**

Fue abandonado la Acción de Protección planteada por Sonia Karolina Guamán Sarmiento en contra de la Universidad de Cuenca.

**Causa 557-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Julia Leonor Lozano Vascones en contra de la Dirección Provincial de Educación del Azuay, por no haberse violado derechos constitucionales, pero sobre todo porque es un acto que puede ser impugnado en la justicia ordinaria.

**Causa 652-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Paola Nataly Ipiales Mackenzie en contra de la Universidad de Cuenca, por no haberse dado la



violación de derechos constitucionales y sobre todo por tratarse de una declaración de un derecho que no corresponde en esta vía.

**Causa 690-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Luz Mercedes Flores Berrezueta en contra de la Dirección Provincial de Educación del Azuay, por no haberse vulnerado derechos constitucionales.

**Causa 861-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Laura Rebeca Pauta Pérez, Rodrigo Eugenio Fernández Vargas en contra de la Dirección Provincial de Educación del Azuay, por ser un acto que debe ser conocido por la justicia ordinaria.

**Causa 868-2010**

No procede la Acción de Protección planteada por Carlos Daniel Villavicencio Pesantez en contra del CONADIS, pues no se ha vulnerado ningún derecho constitucional.

**Causa 894-2010**

Procede la Acción de Protección planteada por Silvia del Rosario Martínez Calle, Marco Eduardo Guerra, Fani Esperanza Orellana Arévalo, Gloria Cecilia Figueroa, Wellington Arias Feijo, Jaime Antonio Maldonado, Carlo Hernán Ordoñez y Pablo Fernando Molina León en contra del Consejo de la Judicatura, por darse omisiones por parte del Consejo de la Judicatura en lo que se refiere a la vulneración de derechos constitucionales, que hace referencia al trabajo, a la igualdad y a la seguridad jurídica.



## **Año 2011**

### **Causa 081-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por David Fernando Ochoa Cobos en contra del Jefe Provincial del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Azuay por no haberse violado derechos constitucionales y sobre todo porque debe ser impugnado el acto en la vía ordinaria.

### **Causa 183-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Martha del Rocío Guevara Baculima en contra de Junta Cantonal de Protección de Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Dr. Paul Granda López, Alcaldía de la Ciudad de Cuenca, porque no se ha demostrado la vulneración de derechos constitucionales, ni se ha demostrado que existe acto u omisión de autoridad pública que haya vulnerado algún derecho al trabajo digno, estabilidad o seguridad jurídica como manifiesta el accionante en su demanda.

### **Causa 335-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Luis Aurelio Chala Guamán y Manuel Asunción Sarango Gualan, en contra de María Eugenia Verdugo Guamán Presidenta de la Comisión Regional Tres de Defensa Profesional de Cuenca, por no darse vulneración a derechos constitucionales y por ser un acto que no se puede impugnar en la vía contenciosa administrativa

### **Causa 528-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Carlos Eduardo Cárdenas Rivera en contra de Intendente Regional de la Superintendencia de Bancos y Seguros de Cuenca, Banco Pichincha, por no darse violación a derechos constitucionales y sobre todo por existir la vía contenciosa administrativa donde puede ser impugnado el acto.



### **Causa 746-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Compañía Corporación de Seguridad Mabolave Cia LTDA en contra de Juez de Coactiva del Ministerio de Relaciones Laborales de la Dirección Regional de Trabajo de Cuenca, por no haberse vulnerado derechos constitucionales, y sobre todo por existir una vía judicial ordinaria para impugnar el acto.

### **Causa 960-2011**

No procede la Acción de Protección planteada por Juan Rodrigo Matute Cárdena y otros en contra de Ministerio de Finanzas, Ministerio de Transporte y Obras Públicas, por no haberse violado derechos constitucionales y por ser acto que debe conocerse en la vía judicial ordinaria.

### **Causa 1119-2011**

Procede la Acción de Protección planteada por Marcelo Secundino Coral Guerra en contra de Jefe de Migración del Azuay, Director del Centro de Rehabilitación Social Varones de Cuenca por existir vulneración de derechos constitucionales como son la libertad que tienen los ciudadanos para transitar fuera y dentro del país.

## **Año 2012**

### **Causa 232-2012**

No procede la Acción de Protección planteada por José Ricardo Campoverde Duran en contra de Pleno del Consejo de la Judicatura de Tránsito por ser un acto que se puede impugnar en la vía ordinaria.

### **Causa 1091-2012**

No procede la Acción de Protección planteada por Claudio René Campoverde Alvear, Angie Thalía Córdova Lojano en contra del Director Regional de la Procuraduría Judicial del Estado en Azuay. Dr. Mario





Cárdenas, Junta Cantonal de Protección de Derechos de la ciudad de Cuenca, por ser un acto que puede ser impugnado en la vía contenciosa administrativa.

### **Año 2013**

#### **Causa 4-2013**

No procede la Acción de Protección planteada por Maritza Yolanda Gomes Falcony, en contra de Director Provincial de Salud del Azuay por no haberse violado derechos constitucionales y sobre todo por ser un acto que puede ser conocido y resuelto en la vía contenciosa administrativa.

#### **Causa 696-2013**

Procede la Acción de Protección planteada por la Compañía Juan Pena Rodas CIA. LTDA, en contra de Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Tisaleo, por haberse violado derechos constitucionales como la seguridad jurídica.

En base a lo analizado puedo concluir que una Acción de Protección procede o no si se ha vulnerado, alterado un derecho constitucional, y teniendo en cuenta los Arts. 39, 40, 41 y 42 de la LOGJYCC, lo fundamental es demostrar dicha vulneración.

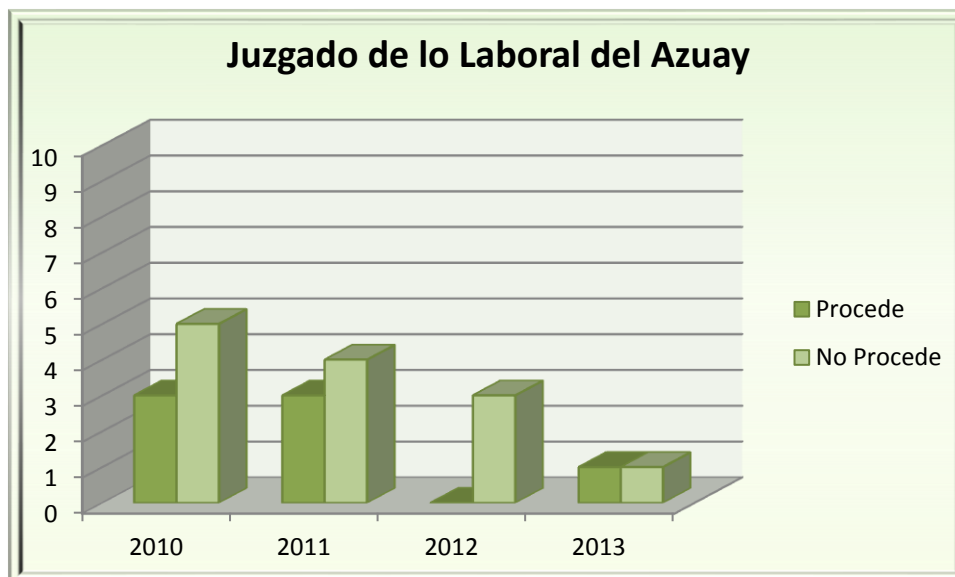
### **Juzgado de lo Laboral del Azuay**

**Tabla No. 1**

<b>Año</b>	<b>Procede</b>	<b>No Procede</b>	<b>Total Acciones Protección presentadas</b>	<b>Total de Causas</b>
2010	3	5	8	733
2011	3	4	7	672
2012	-	3	3	626
2013	1	1	2	474
	<b>7</b>	<b>13</b>	<b>20</b>	<b>Total Causas</b>



**Gráfico No. 1**



Del año 2010 de las Acciones de Protección: una no procede por no violarse derechos constitucionales. Cuatro son por ser un acto administrativo que puede conocer y resolver la justicia ordinaria. Y una fue por falta de competencia del juez.

Del año 2011 de las Acciones de Protección: las cuatro que no procedieron fueron por ser vulneraciones a derechos que pueden ser impugnados en la vía contenciosa administrativa.

Del año 2012 de las Acciones de Protección: una no procede por ser un acto que puede ser conocido en la vía contenciosa administrativa. Una por no ser vulneración a derechos constitucionales. Una por falta de competencia.

Del año 2013 de las Acciones de Protección: una no procede por ser un acto que puede ser conocido en la vía contenciosa administrativa.

Total de Acciones de Protección que no proceden básicamente por el Art 42 numeral 4 son: 10 en los 4 años de 20 Acciones de Protección presentadas.

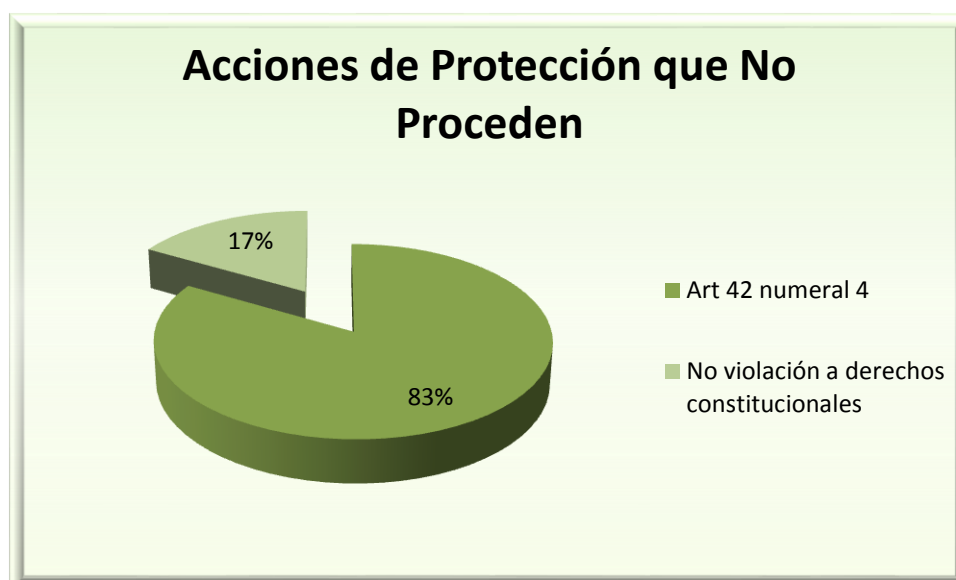


Y prácticamente por no ser actos u omisiones que alteren derechos constitucionales y no se cumple los elementos señalados por el Art 88 de la Constitución son: 2

**Tabla No. 2**

<b>NO PROCEDEN</b>	
Art 42 numeral 4	No violación a derechos constitucionales
10	2

**Gráfico No. 2**



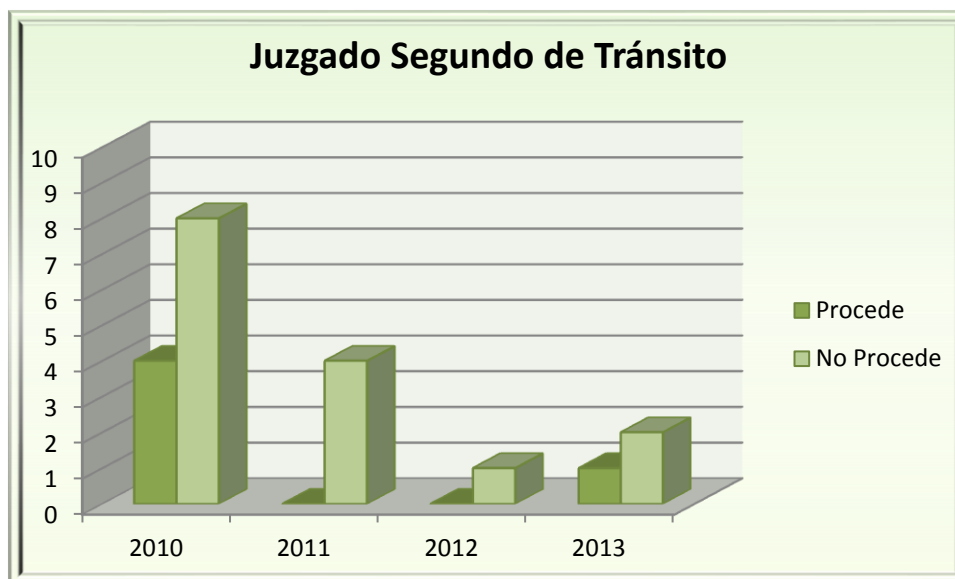
### Juzgado Segundo de Tránsito del Azuay

**Tabla No. 3**

<b>Año</b>	<b>Procede</b>	<b>No Procede</b>	<b>Total Acciones Protección Presentadas</b>	<b>Total de Causas</b>
2010	4	8	12	721
2011	-	4	4	940
2012	-	1	1	777
2013	1	2	3	881
	<b>5</b>	<b>15</b>	<b>20</b>	<b>Total Causas</b>



**Gráfico No. 3**



Del año 2010 de las Acciones de Protección: tres no proceden por no violarse derechos constitucionales y no configurarse como lo dispone el Art 88 de la Constitución. Tres son por ser un acto administrativo que puede conocer y resolver la justicia ordinaria. Una por tratarse de una impugnación a la legalidad de la norma. Una por pedirse la declaración de un derecho.

Del año 2011 de las Acciones de Protección: tres no procede por no violarse derechos constitucionales en base al art 88 de la Constitución y una es por ser un acto administrativo que puede conocer y resolver la justicia ordinaria.

Del año 2012 de las Acciones de Protección: una no procede por no violarse derechos constitucionales y ser un acto administrativo que puede conocer y resolver la justicia ordinaria.

Del año 2013 de las Acciones de Protección: dos no procede por no violarse derechos constitucionales en base al art 88 de la Constitución.



Total de Acciones de Protección que no proceden básicamente por el Art 42 numeral 4 son: 5 en los 4 años de 20 Acciones de Protección presentadas. Y prácticamente por no ser actos u omisiones que alteren derechos constitucionales y no se cumple los elementos señalados por el Art 88 de la Constitución son: 8

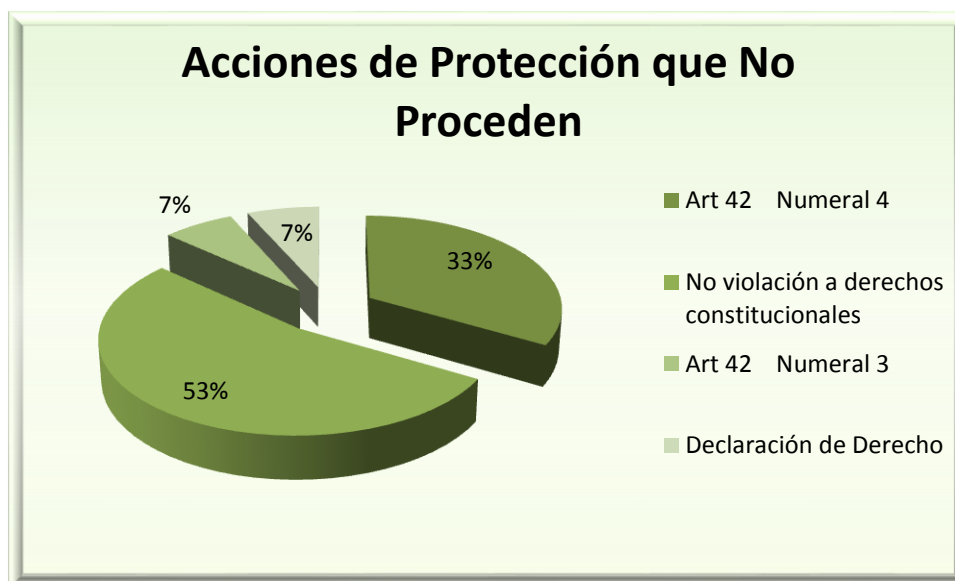
Una Acción de Protección por pedir que se trate de solicitar la legalidad de un acto. Art42 numeral 3 de la LOGJYCC.

Una Acción de Protección por pedir que se declare un derecho. Art 42 numeral 5 de la LOGJYCC.

**Tabla No. 4**

NO PROCEDEN			
Art 42 Numeral 4	No violación a derechos constitucionales	Art 42 Numeral 3	Declaración de Derecho
5	8	1	1

**Gráfico No. 4**



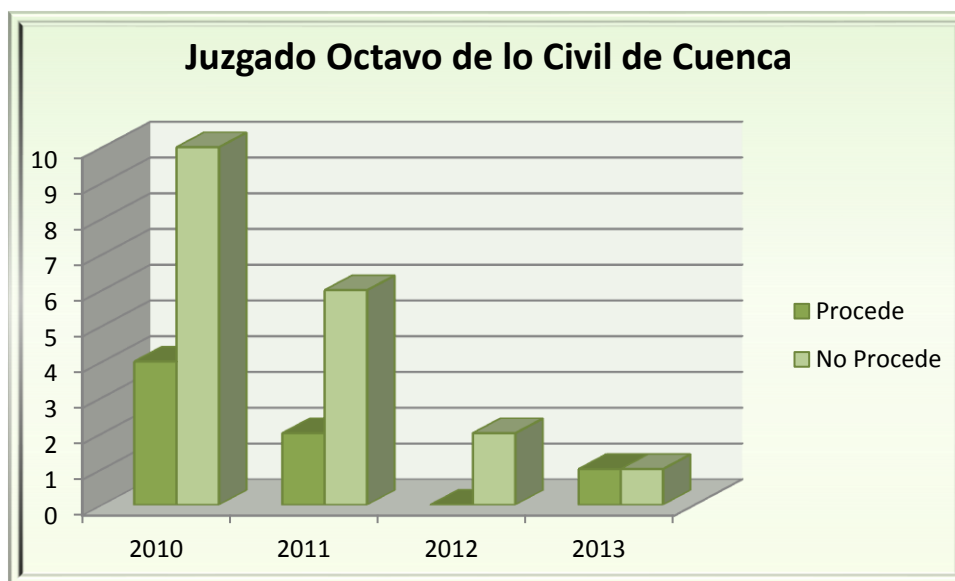


## Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca

Tabla No. 5

Año	Procede	No Procede	Total Acciones Protección Presentadas	Total de Causas
2010	4	10	15	1146
2011	2	6	7	1162
2012	-	2	2	1258
2013	1	1	2	998
	7	19	26	Total Causas

Gráfico No. 5



Del año 2010 de las Acciones de Protección: tres no proceden por no violarse derechos constitucionales y no configurarse como lo dispone el Art 88 de la Constitución. Cinco son por ser un acto administrativo que puede conocer y resolver la justicia ordinaria. De las cuales dos también son por tratarse de una impugnación a la legalidad de la norma. Además una por



pedir la declaratoria de un derecho y otra por tratarse de una providencia judicial.

Del año 2011 de las Acciones de Protección: Una no procede por no violarse derechos constitucionales en base al art 88 de la Constitución y cinco por ser un acto administrativo que puede conocer y resolver la justicia ordinaria. De las cuales una también es por tratarse de impugnar la legalidad de la norma y otra por solicitar que se declare un derecho.

Del año 2012 de las Acciones de Protección: Dos no procede por no violarse derechos constitucionales y ser un acto administrativo que puede conocer y resolver la justicia ordinaria.

Del año 2013 de las Acciones de Protección: Una no procede por no violarse derechos constitucionales y ser un acto administrativo que puede conocer y resolver la justicia ordinaria.

Total de Acciones de Protección que no proceden básicamente por el Art 42 numeral 4 son: 13 en los 4 años de 20 Acciones de Protección presentadas.

Y prácticamente por no ser actos u omisiones que alteren derechos constitucionales y no se cumple los elementos señalados por el Art 88 de la Constitución son: 4

Una Acción de Protección por pedir que se declare un derecho. Art 42 numeral 5 de la LOGJYCC.

Una Acción de Protección por pedir que se trate sobre la providencia judicial. Art 42 numeral 6 de la LOGJYCC

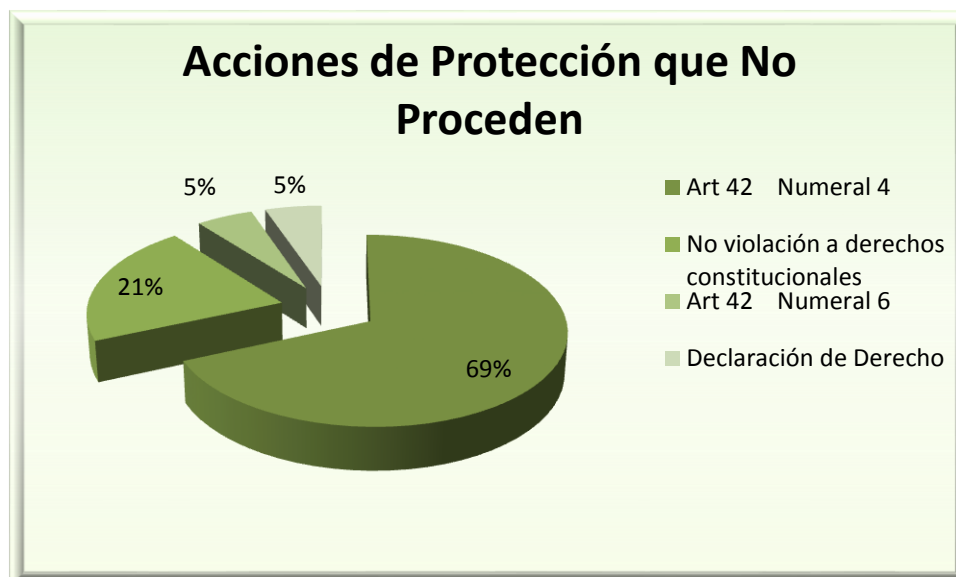
**Tabla No. 6**

<b>NO PROCEDEN</b>
--------------------



Art 42 Numeral 4	No violación a derechos constitucionales	Art 42 Numeral 6	Declaración de Derecho
13	4	1	1

**Gráfico No. 6**



**RESULTADOS.-** De las 47 Acciones de Protección negadas en los años 2010, 2011, 2012 y 2013 de los Juzgado Primero Laboral, Juzgado Segundo Principal de Transito del Azuay y Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca, 28 causas no concedieron la Acción de Protección por ser actos que se pueden ser impugnados en la vía administrativa o Art 42 numeral 4 de LOGJYCC. Además 14 Acciones de Protección no procedieron por no vulnerarse derechos constitucionales. Y 5 por otras razones contempladas en el propio Art 42 de la LOGJYCC. Es decir que de las 66 Acciones de Protección presentadas 47 no proceden y de las cuales 28 se sustenta en el Art 42 numeral 4 de la LOGJYCC.

### **Resultados Generales**

**Tabla No. 7**





Proceden	No proceden	Total Acciones Protección Presentadas
19	47	66

Gráfico No. 7

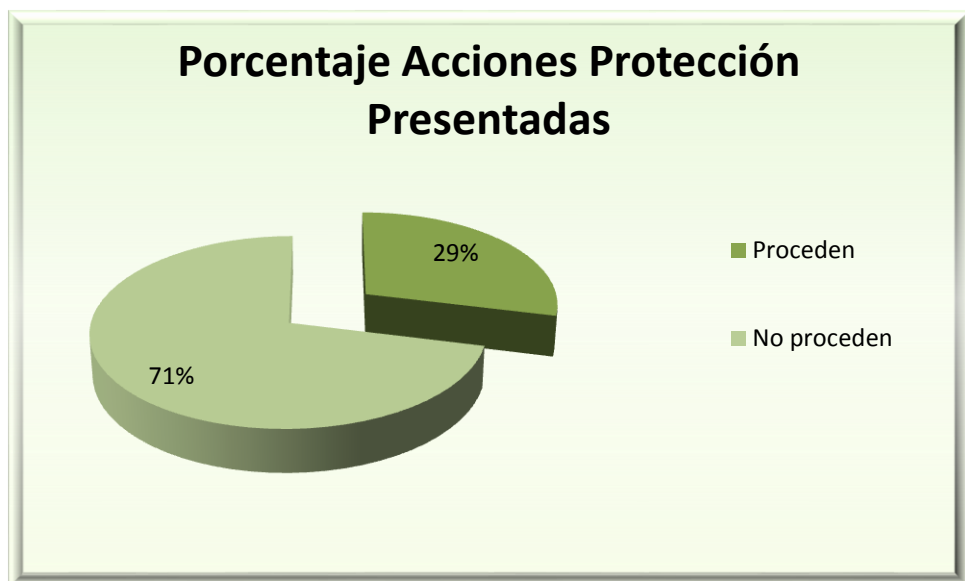
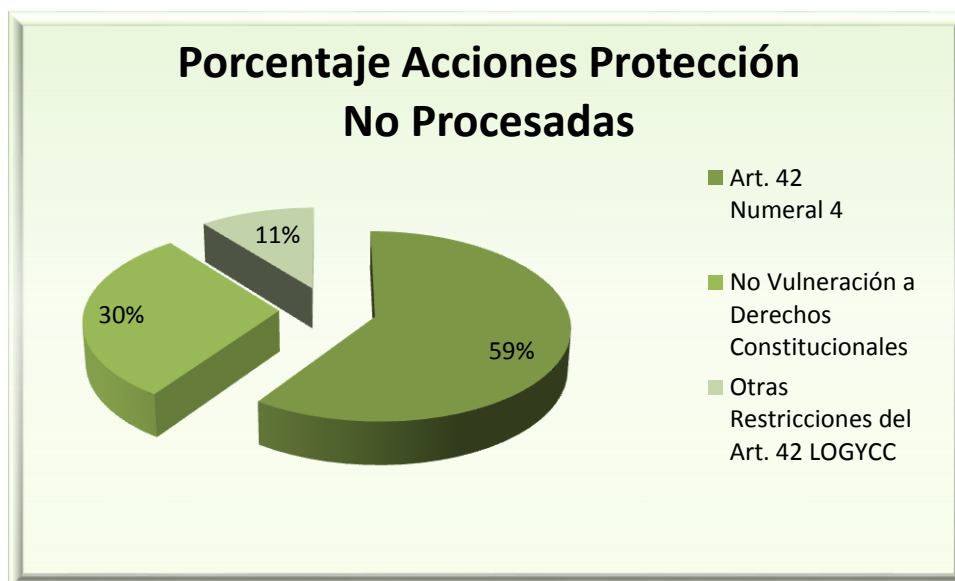


Tabla No. 8

Art. 42 Numeral 4	No Vulneración a Derechos Constitucionales	Otras Restricciones del Art. 42 LOGYCC	Total Acciones que No Proceden
28	14	5	47

Gráfico No. 8



## CONCLUSIONES

Al culminar el presente trabajo, he llegado como culmen del mismo a las siguientes conclusiones, las cuales las fundamento desde una perspectiva legal:

Cada individuo, tiene derechos que le son inherentes por el hecho de ser parte de la familia humana, derechos que al ser vulnerados, tendrán como mecanismos efectivos para reivindicarlos a los creados por el Estado de Derechos y Justicia Social, a los cuales se los nomina, como garantías constitucionales.

La Acción de Protección es jurisdiccional dentro de las garantías constitucionales, que tiene como finalidad el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental, Tratados e Instrumentos Internacionales que versan sobre derechos humanos, incluyendo a aquellos que consten en la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional



Ecuatoriana, con excepción de aquellos derechos que están amparados por las acciones de Habeas Corpus, Acceso a la información pública (habeas data), por incumplimiento, y extraordinaria de protección.

Los Derechos Humanos materia concreta y fundamental de la Acción de Protección son: *“aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna.”*<sup>203</sup> Además podemos dotarle de la característica de ser valores de convivencia, fundamentados en la Dignidad Humana, la razón y la justicia, que implícitamente reconocen condiciones de origen material y espiritual que deben ser garantizadas a todas las personas; también se definen como un ideal político y social basado en la autonomía, la felicidad y el bien común, materializándose en un conjunto de reglas, normas, instrumentos y/o mecanismos de carácter jurídico que regulan las relaciones mutuas entre los individuos, los grupos, las comunidades, los pueblos, el Estado y las naciones.<sup>204</sup> Si bien la Acción de Protección, protege todos los derechos constitucionales, no quiere decir que cualquier derecho podrá ser amparado por esta acción, pues como se estableció en la jurisprudencia Colombiana, el juez examinará los hechos, las pretensiones del actor, y si aquellos son idóneos o propios para ser resueltos en materia de derechos fundamentales, se lo hará cuando los mismo han sido afectados, para de este modo alcanzar los objetivos constitucionales. Los derechos vulnerados están relacionados ya sea íntimamente con afectar la dignidad humana, o también podría darse el caso que sean derechos patrimoniales, pero que afecten el mínimo vital, es decir que afecten las condiciones básicas para la vida, pero siempre dependerá según el caso.

---

<sup>203</sup> Papacchini, Angelo. “Filosofía y derechos humanos”. Pág. 40 y Nino, Carlos “Ética y derechos humanos”. Pág. 40

<sup>204</sup> Ramirez Eric, Aristizabal, Jenny, Martinez Julieth y Gonzales Ana. “Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia”. Pag 39



Además para determinar si se ha violado derechos constitucionales o no, se debe determinar dicha vulneración, teniendo en cuenta aspectos como los valores, principios y normas constitucionales.

La Acción de Protección no procede, cuando el titular del derecho vulnerado pueda accionar o ampararse a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en la vía ordinaria. Así se respeta la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución, garantizando el debido proceso y la seguridad jurídica. Esta acción no sustituye los demás medios judiciales, pues en dicho caso la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponde, esto en base a lo que señala o sostiene la Corte Constitucional Ecuatoriana. Pero el meollo del asunto debería ser si se vulnera o no un derecho constitucional.

El Art 11 numeral 9 de la Constitución promulga claramente que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Por ende esta acción debería garantizar su reparación integral, cuando estos han sido violados.

La Acción de Protección se interpone por la violación a derechos que tienen carácter constitucional, para lograr su reparación integral. Y dicha reparación será inmediata en virtud de que el Ecuador se configura como un Estado Constitucional de derechos y justicia social, ya que se ha establecido garantías constitucionales para la directa e inmediata aplicación de los derechos, sin necesidad de que exista una legislación secundaria.

Esta acción al ser una garantía constitucional, está relacionado con la Rigidez Constitucional, por lo cual se estructura como un derecho constitucional e institución, a lo que Ferrajoli sostiene: que su reforma, cambio, o modificación se dará como lo consagra la propia constitución. En nuestro caso sería una reforma agravada consagrada en el Art 441.



Al promulgar los Artículos 441 y 442 de la Norma Normarum que cualquier reforma o enmienda, se podrá realizar siempre y cuando no implique restricciones a los derechos y garantías constitucionales, pero en el Art 42 de la LOGJYCC encontramos restricciones a esta garantía jurisdiccional, convirtiéndola en residual. La LOGJYCC modifica el alcance de esta acción.

En base al aspecto Objetivo, elemento constitutivo de todo sistema de control de la constitucionalidad, manifiesta que si el contenido de una ley contraviene la Carta Magna o no estuviere conforme a la Ley Suprema, esta no tendrá eficacia jurídica.

En base al principio de Supremacía Constitucional el primigenio y principal derecho dentro de un Estado de Derecho es el respeto a la voluntad popular expresada en la Constitución, como manifestación de la soberanía del pueblo. Recordando lo expuesto en el “Contrato Social” de Rosseau: todos renunciamos a nuestras libertades individuales y las entregamos a determinadas personas aceptando determinadas reglas de convivencia, para convivir en una sociedad, donde reine la armonía. En base a nuestra concepción de Estado sería para alcanzar el Buen Vivir.

En base a la Fuerza Normativa Constitucional, en cuanto a fuente material, es la que pone las directrices o las reglas, para que todo el ordenamiento jurídico se remita a ella, sin excepción alguna. Y conjuntamente con la Jerarquía Normativa la Constitución es la que fija o delimita los parámetros para garantizar la seguridad jurídica. En sí, puedo decir que la LOGJYCC, como manifiesta en su art 6 debería proteger de forma eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es la encargada de regular la jurisdicción constitucional, y la que permite viabilizar la Acción de Protección y garantizar los derechos contemplados en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos,



garantizando la eficacia y supremacía constitucional. En base al Art 133 numeral 2 de nuestra Constitución, prescribe, las leyes orgánicas son las encargadas de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Es decir, debe viabilizar a dicha acción en base a los valores, principios y normas constitucionales, sin embargo la restringe en el alcance dado, como en el caso Peruano donde dicha restricción la realiza mediante ley y no lo manifiesta la Constitución.

El numeral 4 del Art 42 de la LOGJYCC, restringe los derechos pues promulga que los actos administrativos pueden ser impugnados en la justicia constitucional, siempre y cuando la vía ordinaria no sea adecuada o eficaz. El problema es determinar cuándo una vía no es adecuada, pero lo neurálgico de esta disyuntiva aquí es, si se ha vulnerado un derecho constitucional, si es así, se interpone la Acción de Protección, por más que pueda ser conocido en la vía ordinaria. Pues la vulneración a derechos constitucionales tiene su propio procedimiento que busca sobre todo su reparación integral o restauración ágil y efectiva.

En base a la regulación establecida por la LOGJYCC, vemos que la investigación de campo realizada, 47 Acciones de Protección negadas en los años 2010, 2011, 2012 y 2013 de los Juzgado Primero Laboral del Azuay, Juzgado Segundo Principal de Transito del Azuay y Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca, 28 causas no concedieron la Acción de Protección por ser actos que se pueden ser impugnados en la vía administrativa o Art 42 numeral 4 de LOGJYCC. Además 14, Acciones de Protección no procedieron por no vulnerarse derechos constitucionales. Y 5 por otras razones contempladas en el propio Art 42 de la LOGJYCC. Es decir, que de las 66 Acciones de Protección presentadas 47 no proceden y de las cuales 28 se sustenta en el Art 42 numeral 4 de la LOGJYCC.

En todos estos casos el juez juega un papel preponderante, es el encargado de administrar justicia constitucional, es el director jurídico del debido



proceso que debe tener una visión constitucionalista con conciencia social, pero sobre todo garantizador el debido proceso, asegurando la vigencia y efectividad de los derechos constitucionales.

Como vemos, la residualidad es necesaria, pues la Acción de Protección se interpone única y exclusivamente por violación a derechos fundamentales, para los otros asuntos existe la vía ordinaria y como sostiene la propia Corte Constitucional Ecuatoriana la misma no sustituye a los demás medios judiciales, pues en dicho caso la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponde.

La Residualidad es necesaria, caso contrario todo proceso pasaría por la jurisdicción constitucional, volviéndola lenta y no eficiente como es el caso de Costa Rica, en donde en la práctica existe problemas, pues como señalan las estadísticas el 92% de los procesos son por acción de amparo, (en nuestro caso acción de protección). Esta situación afecta al debido y correcto funcionamiento de la jurisdicción constitucional, olvidando la calidad de la jurisprudencia. Además el trámite se dilata, provocando que el daño causado se vuelva irreversible, dando lugar a que las sentencias, sean más indemnizatorias y no se alcance la restauración del derecho violado. Pero en nuestra LOGJYCC existe contradicción pues en base a sus art 40 y 42 la vuelve residual y subsidiaria, lo cual son filtros restrictivos y no tan solo regulativos, el problema es que surgen de la ley y no de la Constitución, en todo caso esta contrario a la Constitución por la forma como surgen, que en todo caso la única facultada para determinarlo es la Corte Constitucional Ecuatoriana. A mi parecer sería acertado tener en cuenta el principio de jerarquía Constitucional, como también lo señalado por el área procesal que señala: que las acciones constitucionales serán de fácil interposición para el accionado, primando sobre ellas la informalidad, pero cumpliendo los presupuestos mínimos establecidos, para que estas sean viables.



La Acción de Protección es eficaz, siempre y cuando se cumpla con sus requisitos y el debido proceso, pero sobre todo se plantee por la vulneración a derechos constitucionales, las pretensiones sean las adecuadas, el juez tenga una visión constitucional, garantista del debido proceso, y analice cada caso en concreto y se repare íntegramente el derecho. A mi criterio el juez y el abogado juegan un papel importante para que la Acción de Protección sea eficaz y cumpla con su misión.





## GLOSARIO

**LOGJYCC:** Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

**COFJ:** Código Orgánico de la Función Judicial

**LJC:** Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica

**LOTG:** Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España.

**DOLOSO:** Conducta realizada con malicia de causar daño intencionalmente.

**DISFORME:** Falta de regularidad

**IBIDEM:** Para hacer referencia a la citación anterior.

**LITIS:** Litigio, controversia judicial.

**RESARCIMIENTO:** Indemnizar, compensar.



## BIBLIOGRAFÍA

### **Corte Suprema De Justicia De La Nación Argentina**

- Fallo “KOT”. CSJN. Fallos. LL, 92-627; JA, 1958-IV-216. Jueces: Alfredo Orgaz, Benjamin Villegas Basalvilbaso, Aristobulo d. Araoz de Lamadrid, Julio Oyhanarte;  
<http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/F-1.pdf>
- Fallo “SIRI”. CSJN. Fallos.239:459. LL,89-531; JA,1958-II-476. Jueces: Alfredo Orgaz, Manuel J. Algañaraz, Enrique v. Galli, Carlos Herrera, Benjamin Basalvibaso.  
<http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/F-1.pdf>

### **Corte Constitucional Colombiana**

- Sentencia C-531 DE1993. Demanda de inconstitucionalidad contra el Inciso 2, Numeral 1, Artículo 6 del Decreto-Ley 2591 de 1991. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz;  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10942>
- Sentencia T-892/11. Acción de tutela instaurada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, contra la Sala Quinta del Tribunal Administrativo de Nariño. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46023>
- Sentencia 999/03. 27 de octubre de 2003. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Magistrados: Alfredo Beltrán, Manuel Cepeda, Iván Escrucería



- Juez Ponente: María Victoria Calle. Acción de tutela instaurada por el Banco de la República contra la Sección Tercera, Sub sección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Bogotá. 2013.  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU353-13.htm>
- Sentencia T-1048 de 24 de octubre de 2008. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Magistrados: Alfredo Beltrán, Manuel Cepeda, Iván Escrucería. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-1048-08.htm>

### **Corte Constitucional Ecuatoriana Y Corte Constitucional Para El Periodo De Transición**

- Sentencia de jurisprudencia vinculante No 001-10-JPO (R.O. No 351 de 29 de diciembre de 2009.
- Sentencia No 013-13-sep-CC. Caso No 0991-12 EP. Corte Constitucional del Ecuador. Jueces: Antonio Sánchez, Wendy Molina, Tatiana Ordeñana, Alfredo Ruiz, Ruth Seni, Manuel Viteri y Patricio Pazmiño.
- Sentencia No 0016-13-SEP-CC. Caso No 1000-12-EP. Corte Constitucional del Ecuador. Jueces: Antonio Gagliardo, Marcelo Jaramillo, Maria del Carmen Maldonado, Wendy Molina, Tatiana Ordeñana, Alfredo Ruiz, Ruth Seni, Patricio Pazmiño.  
<http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>
- Sentencia No 034-13-SCN-CC. Caso No 0561-12-CN. Corte Constitucional del Ecuador. Quito 30 de mayo de 2013.



- Sentencia No 45-11- SEP-CC. Caso No 385-11- EP. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Jueces: Luis Jaramillo, Alfonso Yunez. Ruth Seni, Nina Pacari, Manuel Viteri, Miguel Naranjo y Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>
- Sentencia No 070-12-SEP-CC. Caso No 874-11-EP. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Jueces: Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Ruth Seni, Edgar Zarate, y Patricio Freire. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>
- Sentencia No 072-10-SEP-CC. Caso No 0164-10EP. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Jueces: Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Hernando Morales, Ruth Seno, Edgar Zarate, Patricio Pazmiño. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>
- Sentencia No 073-12-SEP-CC. Caso No 0683-10-EP. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Jueces Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunes, Hernando Morales. Ruth Seni, Manuel Viteri, Patricio Pazmiño, Nina Pacari. <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>
- Sentencia No 109-12-SEP-CC. Caso No 0246-10-EP. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Jueces: Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunes, Hernando Morales, Ruth Seni, Fabian Sancho, Manuel Viteri, Edgar Zarate y Patricio Pazmiño <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>



- Sentencia No 192-12-SEP. Caso No 1225-11-EP. Corte Constitucional del Ecuador. Jueces: Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunes, Hernando Morales, Nina Pacari, Ruth Seni, Manuel Viteri, Edgar Zarate y Patricio Pazmiño.  
<http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>
- Sentencia No 0757-10-EP. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Jueces: Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunes, Hernando Morales, Ruth Seni, y Patricio Pazmiño.  
<http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>

### **Corte Interamericana De Derechos Humanos**

- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, sentencia de fondo y de reparación, 1 de julio de 2006. Caso comunidad indígena Yayke Axa contra Paraguay, sentencia., 17 de junio de 2005, párrafo 182.

### **Legislaciones**

#### **Argentina**

- Congreso General Constituyente. Constitución de 1994. 22 de Agosto de 1994
- Ley 16.986. Ley de acción de amparo. Buenos Aires, 18 de octubre de 1966. Boletín oficial, 20 de octubre de 1966



## Colombia

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Colombiana. Colombia 1991
- Decreto No 2591 de 1991. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991

## Costa Rica

- Asamblea Legislativa. Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. 19 de octubre de 1989

## Ecuador

- Asamblea Nacional Constituyente. *“Constitución de la República del Ecuador 2008”*. Montecristi-Manabí, 2008.
- Congreso Nacional. Constitución del Ecuador de 1967.
- Congreso Nacional. Constitución de 1998, en el Registro Oficial No 1 de 11 de agosto de 1998
- Corporación de Estudios y Publicaciones; *“Código de Procedimiento Civil”*; Quito; 2009
- Corporación de Estudios y Publicaciones. *“Código Orgánico de la Función Judicial”*. Quito, 2009.
- *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial-Segundo Suplemento No 52 de 22 de Octubre de 2009.



- Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Quito: Registro Oficial, No. 449 de 20 de octubre de 2008

## **España**

- Congreso de los Diputados y del Senado Español. Constitución Española 1979
- Congreso de los Diputados y del Senado Español. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español de 1979

## **Internacional**

- Asamblea General de las Naciones Unidas. “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”. Paris. 1948
- Asamblea Nacional Constituyente de los Estados Generales de la Revolución Francesa. “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*”. Francia. 1789
- Carta de Derechos de los Estados Unidos (Bill Of Rigths) de 3 de noviembre de 1791
- Carta Magna Inglesa del 15 de junio de 1215 de Juan sin Tierra.
- Conferencia General de la UNESCO. “*La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*”. Paris. 2005.
- Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776



- Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 18 de julio de 1978.

## **Perú**

- Congreso Constituyente Democrático de Perú. Constitución de la Republica de Perú de 1993
- Congreso Constituyente Democrático de Perú. Ley 28237 o Código Procesal Constitucional del Perú. 2004.

## **República Dominicana**

- Congreso Nacional de Republica Dominicana. Ley o. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. o. 10622 del 15 de junio de 2011.
- Congreso Nacional de Republica Dominicana. Constitución de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010.

## **Libros**

- ALARCÓN, Pablo. *“Acción de Protección: Garantía jurisdiccional directa y no residual. ¿La ordinarización de la acción de protección?”*. Quito: Universidad Simón Bolívar, 2009.
- ANDRADE, Santiago. *“La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones”*. Quito: Universidad Simón Bolívar, 2009.
- ÁVILA, Luis. *“Repertorio Constitucional”*. Quito: Corte Constitucional, 2008-2011.





- ÁVILA Ramiro. *“El Neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008”*. Quito: Abya-Yala; 2011.
- BALAGUER, Francisco. *“Manual de Derecho Constitucional”*. Madrid: Tecnos: tercera edición, volumen II, 2008.
- BASTIDA, Francisco. *“Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”*. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.
- BAZAN, Víctor. *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010
- BREWER Allan. *En Nuevas Reflexiones sobre el Papel de los Tribunales Constitucionales en la Consolidación del Estado Democrático de Derecho: Defensa de la Constitución, Control del Poder y Protección de los Derechos Humanos*. Documento presentado en el I Encuentro de Salas y Tribunales Constitucionales de Centroamérica y República Dominicana. San José, febrero de 2006.
- CASTILLO, Alberto. *“Defensa Jurídica de la Constitución en México, (Derecho procesal constitucional Mexicano)”*. Tercera Edición. México, 2005.
- CASTILLO, Luis. *“Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales”*. Perú: Editorial Jurídica Grijley, 2008.
- CUEVA, Luis. *“Acción Constitucional Ordinaria de Protección”*. Quito: Cueva Carrión Ediciones, 2009.



- CUEVA, Mario. “*Teoría de la Constitución*”, Segunda Edición, México: UNAM 2008.
- CUPIS, Adriano. “*El Daño*”. Barcelona: Boshc, 1975.
- DUNIA, Martínez. “*Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*”. Quito: Corte Constitucional del Periodo de Transición, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. “Derechos Fundamentales y Derechos Patrimoniales, Fundamentos de los Derechos Fundamentales, España: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi “*La teoría del derecho en el paradigma constitucional*”. Segunda Edición. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009
- GARCÍA, José. “*La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador*. Quito: Corte Constitucional, 2008.
- GARGARELLA, Roberto. “*Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica*”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IV, No. 25, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, México D.F, 2010.
- GRIJALVA, Agustín. “*Constitucionalismo en Ecuador*”. Quito: Corte Constitucional, 2011.
- GUASTINI, Riccardo. “*Estudios de la Teoría Constitucional*” México: Universidad Autónoma de México, 2001.



- IBARRA, Hernán. *“Visión Histórica Política de la Constitución del 2008”*. Quito: CAAP, 2010.
- Jornadas de Derecho Constitucional en Centroamérica. *Constitución y Justicia Constitucional; editado por Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya y Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya*. Barcelona: Centro de Estudios y Formación Constitucional Centro Americano. 2008.
- LÓPEZ Cárdenas, Carlos. *“Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos”* Revista Estudios Socio-Jurídicos, 11.2 (2009)
- MANCILLA, Roberto. *“Derecho Adjetivo Constitucional”*. México: Liber Iuris Novum, 2012.
- MARTÍ, Isabel editora. *Diccionario Enciclopedia*. España: Editorial Ceac, 2013
- MEDINACELI, Gustavo. *“La aplicación directa de las normas constitucionales. Una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina”*. Quito: Universidad Simón Bolívar, 2010
- MONTAÑA Pinto, Juan y Porras Velasco Angélica. *“Apuntes de Derecho Procesal Constitucional”*. Quito: Corte Constitucional, 2011.
- MONTESQUIEU. *“El Espíritu de las leyes”*. México: editorial Porrúa, 1971.
- PÉREZ, Javier. *“Curso de Derecho Constitucional”*. Madrid: Marcial Pons, 2010.



- PRIETO, Luis. *“Estudios sobre Derechos Fundamentales”*. Madrid: Debate, 1992
- PRIETO, Luis. *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*. Madrid: Trotta, 2003.
- RODRÍGUEZ Domínguez, Elvito A. *“Derecho Procesal Constitucional”*. Lima: Editorial Jurídica GRI-LEY, 1999.
- ROLLA, GianCarlo. *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*. Perú: Editorial Grijley, 2008.
- ROUSSEAU, Juan. *“El Contrato Social”*. México: Grupo Editorial Tomo, 2003,
- RUDOLPH, Walter. “Condiciones necesarias para la realización y protección de la Constitución, en *Estado de Derecho, Derechos Humanos y Desarrollo Social en Latinoamérica y Alemania*” Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 1994.
- SAGUES, Nestor. “Compendio de derecho procesal constitucional”. Buenos Aires: Astrea , 2009
- Sumario sobre la Jurisdicción. Dr. Káiser Machuca. cuarto año de derecho. 2012
- VALENCIA Vega, Alipio. “Desarrollo del Constitucionalismo”. Segunda Edición. La Paz, Bolivia Juventud, 1988.
- VELÁSQUEZ, Ricardo. *“Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e Integración en el Derecho Latinoamericano”*. Chile: Grijley, 2007



- ZABALA, Jorge. *“Comentarios a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control jurisdiccional y control constitucional”*. Guayaquil: EDILEX.S.A, 2012.
- ZUÑIGA, Urbina. *“La acción de indemnizar por error judicial. Reforma constitucional y regulación infraconstitucional”*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2009, pág. 193.

### Páginas Web

- ALARCÓN, Pablo. “Residualidad; Elemento Generador de la Ordinización de la Acción de Protección; Burneo y Asociados” <http://burneoasociados.com/articulos/residualidad-elemento-generator-de-la-ordinizacion-de-la-accion-de-proteccion>; acceso 3 de octubre de 2013
- Apuntes Jurídicos. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2008/11/la-carta-magna-de-juan-sin-tierra.html>. Acceso 10 de septiembre de 2013.
- AYLLON Jose. <http://www.slideshare.net/paomonchy/a-cada-uno-lo-suyo>. Acceso 2 de septiembre de 2013. Acceso, 8 de octubre de 2013
- Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776. Trece colonias de EE.UU. Filadelfia. 1776. [http://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia-de-12-de-junio-1776\\_a107.html](http://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia-de-12-de-junio-1776_a107.html). Acceso 10 de septiembre de 2013. Acceso, 10 de octubre de 2013



- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:  
<http://lema.rae.es/drae/?val=eficacia>. Acceso 1 de noviembre de 2013
- Ecuador: Estado Constitucional de Derechos y Justicia. EDUBLOGS;  
[blogs.udla.edu.ec/cutionesculturales1/2013/04/20ecuador-estado-constitucional-de-derechosy-justicia/](http://blogs.udla.edu.ec/cutionesculturales1/2013/04/20ecuador-estado-constitucional-de-derechosy-justicia/). Acceso 29 de octubre de 2013
- ESCUDERO, Jhoel. *“Los Nuevos Saberes en el Constitucionalismo Ecuatoriano”*. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. INREDH.  
[www.inredh.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=272%3Alos-nuevos-saeres-en-elconstitucionalismo-ecuatoriano](http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=272%3Alos-nuevos-saeres-en-elconstitucionalismo-ecuatoriano). Acceso 20 de Agosto de 2013
- FERRAJOLI, Luigi. *“Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías”*.  
[http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3\\_FERRAJOLlespanol.pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLlespanol.pdf). Acceso: 29 de Agosto de 2013.
- FERRAGOLI, Luigi. *“Sobre los Derechos Fundamentales”*. México: Cuestiones Constitucionales No 15, 2006.  
<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>. Acceso, 5 de octubre de 2013
- GONZALES, Juliana. *“Dignidad Humana”*. Diccionario Latinoamericano de Bioética.  
<http://www.bioeticas.org/IMG/pdf/dl274284.pdf>; pág. 277. Acceso 30 de Agosto de 2013.



- I.E.S. Heliopolis-Sevilla- Principios de Gestión Administrativa Publica. Ciclo Grado Medio Gestión Administrativa. Lección 2. La jerarquía de las normas en la Constitución:  
<http://roble.pntic.mec.es/cgar0136/TEMA%202%20La%20jerarqu%EDa%20de%20las%20normas%20en%20la%20Constituci%F3n%20%20-1%AA-.pdf> Acceso, 17 de octubre de 2013
- La Carta de Derechos Humanos:  
<http://photos.state.gov/libraries/adana/30145/publications-other-lang/SPANISH.pdf>. Acceso 10 de septiembre de 2013.
- Machicado, Jorge. "*Constitución política Rígida/ Flexible/ Pétrea*":  
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/06/cpe-frp.html>. Acceso 29 de septiembre de 2013.
- MEDINA, Graciela. "*Jurisprudencia sobre el Daño Moral*". De Buenos Aires;  
<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/resena-jurisprudencial/dano-moral.pdf>. Acceso 17 de septiembre de 2013.  
Acceso, 29 de agosto de 2013
- MORALES, Juan. "*Neoconstitucionalismo*". Diario El Tiempo. 2009-04-05. Cuenca: <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-opinion/970-neoconstitucionalismo/>. Acceso 21 de Agosto de 2013.
- OROZCO, Víctor. "*La fuerza Normativa de la Constitución frente a las Normas Preconstitucionales*". Universidad de Castilla; 2011;  
<https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/2875?show=full>. Acceso, 25 de agosto de 2013
- RAMIREZ Eric, Aristizabal, Jenny, Martínez Julieth y Gonzales Ana. "*Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las*



*trabajadoras sexuales en Colombia*". Temas de Derechos Humanos. Novaetvetera.

<http://revistas.esap.edu.co/nova/wp-content/uploads/2012/03/art2-64.pdf>. Acceso 29 de Noviembre de 2013.

- SENPLADES. "*Plan Nacional para el Buen Vivir*". [plan.senplades.gob.ec/3.3-el-buen-vivir-en-la-constitucion-del-ecuador](http://plan.senplades.gob.ec/3.3-el-buen-vivir-en-la-constitucion-del-ecuador). Acceso 19 de Agosto de 2013.
- TRUJILLO, Rodrigo. "*La Acción de Protección como Garantía Constitucional de los derechos Humanos*". INREDH: [http://www.inredh.org/index.php?id=355%3Ala-accion-de-proteccion-como-garantia-de-los ddhh&option=com\\_content](http://www.inredh.org/index.php?id=355%3Ala-accion-de-proteccion-como-garantia-de-los-ddhh&option=com_content). Acceso 9 de septiembre de 2013.
- VERDUGO, Marinkovic, Mario. "*Notas sobre el Principio de la Supremacía Constitucional y los Derechos Supremos de ejecución*". Chile: Revista del Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, 2003: <http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revistano1/revistaano117.pdf>. Acceso, 30 de octubre de 2013.
- VÉLEZ, José. "*El Control Concreto de Constitucionalidad. Revista Jurídica*". Guayaquil: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Pág. 41: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-5/19\\_a\\_76.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-5/19_a_76.pdf). Acceso, 5 de octubre de 2013
- VINTIMILLA, Jaime. Supremacía Constitucional, entrevista realizado por Diario la Hora; 6 de enero de 2012:





UNIVERSIDAD DE CUENCA

[http://www.lahora.com.ec/noticias/show/1101263113#.Ukddx9Jg-ys;](http://www.lahora.com.ec/noticias/show/1101263113#.Ukddx9Jg-ys)

Acceso, 25 de octubre de 2013

- ZAMBRANO, Alfonso “*Marbury vs. Madison y el Control de Constitucionalidad*”:

[http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/28102012/dp-marbury\\_vs\\_madison.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dp-marbury_vs_madison.pdf). Acceso 28 de septiembre de 2013.